



**EL DELITO DE ABUSOS SEXUALES CONTRA  
MENORES DE EDAD: ESPECIAL REFERENCIA A  
LOS TIPOS DE LOS ARTS. 183 Y 183 QUÁTER CP**

**The crime of sexual abuse against minors: special  
reference to the types of arts. 183 and 183 quater CP**

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión de  
Abogado**

Presentado por:

**D.<sup>a</sup> Paula de la Torre Guzmán**

Dirigido por:

**Prof. Dr. D. José Zamyra Vega Gutiérrez**

Cotutor:

**Prof. Dra. Raquel Roso Cañadillas**

En Alcalá de Henares, a 22 de marzo de 2021

## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto la realización de un estudio completo del delito de abusos sexuales a menores de edad. Concretamente, entre las conductas delictivas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores, se va a proceder a examinar el tipo básico de abuso sexual a menores de dieciséis años, tipificado en el artículo 183 del CP. En un primer momento, veremos la evolución legislativa del delito de abusos sexuales a menores de edad desde la entrada en vigor del CP de 1995 hasta su actual regulación, pues se trata de un tipo delictivo que ha venido sufriendo numerosas modificaciones a lo largo del tiempo. A continuación, se procederá al análisis del contenido del tipo delictivo, así como a la valoración de todas aquellas circunstancias que serán consideradas como agravantes a la hora de determinar la pena a imponer. Para ello, se tendrá en cuenta no solo lo dispuesto por la doctrina, sino que también se realizará un estudio exhaustivo de la reciente jurisprudencia en lo que respecta al tratamiento y valoración de tales circunstancias en cada caso concreto.

Por otro lado, se va a proceder a analizar el contenido del artículo 183 quáter del CP novedad introducida *ex novo* por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP. Dicha reforma supuso un cambio sustancial respecto de la regulación anterior de los delitos contra la indemnidad sexual de los menores, en tanto en cuanto, el legislador optó por ajustar la regulación de tales conductas delictivas a la realidad social del momento. Así pues, se dispone que todo acto sexual realizado con menores de dieciséis años será castigado penalmente, salvo que, existiendo previamente el consentimiento del menor y valorando las circunstancias del caso concreto, el autor del delito y la víctima fueren próximos por edad, así como por su grado de desarrollo y madurez, conceptos innovadores de naturaleza indeterminada y de difícil valoración, que serán analizados en el presente trabajo teniendo en cuenta lo dispuesto por la doctrina y la reciente jurisprudencia.

## PALABRAS CLAVE

1) Abuso sexual, 2) Indemnidad sexual 3) Edad de consentimiento 4) Grado de desarrollo y madurez.

## **ABSTRACT**

The purpose of this work is to carry out a complete study of the crime of sexual abuse of minors. Specifically, among the criminal behaviors that threaten the sexual indemnity of minors, the basic type of sexual abuse of minors under sixteen, typified in article 183 of the CP, will be examined. At first, we will see the legislative evolution of the crime of sexual abuse of minors from the entry into force of the 1995 CP until its current regulation, since it is a type of crime that has been undergoing numerous modifications over time. Next, the content of the crime will be analyzed, as well as the assessment of all those circumstances that will be considered as aggravating when determining the penalty to impose. For this, not only the provisions of the doctrine will be taken into account, but an exhaustive study of the recent jurisprudence will also be carried out with regard to the treatment and assessment of such circumstances in each specific case.

On the other hand, we will proceed to analyze the content of article 183 quater of the CP, a novelty introduced *ex novo* by the LO 1/2015, of March 30, which modifies the CP. This reform represented a substantial change with respect to the previous regulation of crimes against the sexual indemnity of minors, insofar as the legislator chose to adjust the regulation of such criminal conduct to the social reality of the moment. Thus, it is provided that any sexual act carried out with minors under sixteen will be criminally punished, except that, with the consent of the minor previously existing and assessing the circumstances of the specific case, the perpetrator and the victim are close by age, as well as Due to their degree of development and maturity, innovative concepts of an undetermined nature and difficult to assess, which will be analyzed in this paper taking into account the provisions of the doctrine and recent jurisprudence.

## **KEYWORDS**

1) Sexual abuse, 2) Sexual indemnity 3) Age of consent 4) Degree of development and maturity.

# ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	9
2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA	12
2.1. El delito de abusos sexuales conforme a la regulación del Código Penal de 1995, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre	13
2.2. El delito de abusos sexuales tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, por la que se modifica el título VIII del Libro II del Código Penal de 1995	14
2.3. El delito de abusos sexuales a menores tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal de 1995	17
2.4. El delito de abusos sexuales a menores de edad tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal de 1995	18
2.5. El delito de abusos sexuales a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995. La Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011	20
3. EVOLUCIÓN DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL. LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD	24
3.1. La honestidad sexual y la moral sexual	26
3.2. La libertad sexual y la indemnidad sexual	27
3.2.1. <i>Sector doctrinal crítico con la indemnidad sexual como bien jurídicamente protegido en los delitos sexuales contra menores de edad</i>	30

3.2.2. Sector doctrinal favorable a la indemnidad sexual como bien jurídicamente protegido en los delitos sexuales contra menores de edad	30
3.2.3. Toma de posición	31
4. SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS DELITOS DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS	33
4.1. El sujeto activo	34
4.2. El menor como sujeto pasivo del delito de abusos sexuales	36
4.3. Toma de posición	36
5. EL TIPO BÁSICO DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE EDAD (ART. 183.1 CP)	36
5.1. El tipo objetivo. Delimitación de la conducta típica	41
5.1.1. Toma de posición	41
5.2. El tipo subjetivo. El dolo	42
5.2.1. Problemática en torno a la exigencia de un posible elemento subjetivo de lo injusto “El ánimo lúbrico o libidinoso”	45
5.2.1. a) Toma de posición	46
5.2.2. Tratamiento de los casos de error de tipo y error de prohibición	47
5.2.2. a) Primer supuesto: Error sobre la edad del sujeto pasivo	48
5.2.2. b) Segundo supuesto: Error de prohibición directo	51
5.2.2. c) Tercer supuesto: Error de prohibición indirecto	52
5.2.2. d) Toma de posición	52
5.3. Iter criminis	55
5.4. Autoría y participación	57
5.5. Problemas concursales y delimitación	58
5.5.1. Los abusos sexuales y las agresiones sexuales a menores de edad	58
5.5.2. Los abusos sexuales y el acoso sexual a menores de edad	58

5.5.3. <i>Los abusos sexuales y los delitos de exhibicionismo y provocación sexual a menores de edad</i>	60
5.5.4. <i>Los abusos sexuales y los delitos de prostitución y corrupción de menores</i>	61
5.6. El delito continuado de abusos sexuales a menores de edad	63
6. TIPO CUALIFICADO DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS	65
6.1. El tipo agravado de abusos sexuales del art. 183.3 CP	65
6.1.1. <i>El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal</i>	66
6.1.2. <i>Introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías</i>	69
6.2. Análisis de las circunstancias cualificadoras del art. 183.4 CP	72
6.2.1. <i>El escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, trastorno mental o víctima menor de 4 años</i>	72
6.2.2. <i>Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas</i>	74
6.2.3. <i>Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter degradante o vejatorio</i>	75
6.2.4. <i>Cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco</i>	77
6.2.5. <i>Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima</i>	79
6.2.6. <i>Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades</i>	80
7. EL ARTÍCULO 183 QUÁTER CP	83
7.1. Fundamento del artículo 183 quáter del CP. La denominada “Cláusula <i>Romeo y Julieta</i> ”	85
7.2. Naturaleza jurídica del artículo 183 quáter CP: ¿Causa de atipicidad? o ¿Causa de justificación?	87
7.2.1. <i>Toma de posición</i>	89

7.3. Análisis de las condiciones exigidas para la aplicación del precepto	90
7.3.1. <i>La proximidad en la edad</i>	91
7.3.2. <i>El grado de desarrollo o madurez</i>	93
7.4. Análisis jurisprudencial del artículo 183 quáter CP	95
8. CONCLUSIONES	103
9. BIBLIOGRAFÍA	108
10. WEBRAFÍA	116
11. LEGISLACIÓN	117
12. ANEXO JURISPRUDENCIAL	119

## ABREVIATURAS

AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi
art.	Artículo/artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
Cfr.	confrontar/confróntese
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DPCr	Derecho Penal y Criminología
DP PE	Derecho Penal. Parte Especial
DP PG	Derecho Penal. Parte General
Ed.	editorial/editor
EPCr	Estudios de Política Criminal
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
FGE	Fiscalía General del Estado
FJ	Fundamento Jurídico
JPD	Jueces para la Democracia
LO	Ley Orgánica
p./pp.	página/páginas
RDCP	Revista de Derecho y Ciencias Penales
RDMCP	Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RFDURU	Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República de Uruguay
RGDP	Revista General de Derecho Penal
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS/SSTS	Sentencia/Sentencias del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea



## 1. INTRODUCCIÓN

Al referirnos a los delitos que atentan contra la libertad e indemnidad sexuales, nos encontramos ante una de las materias que más variaciones ha sufrido desde la entrada en vigor del CP de 1995. Todas las conductas delictivas de índole sexual cometidas contra menores de edad constituyen un atentado contra la indemnidad sexual del menor, generando una afectación grave y directa en la formación y el desarrollo de la personalidad y sexualidad de tales sujetos. Como consecuencia de esto, podemos afirmar que, los delitos cometidos contra la indemnidad de los menores se constituyen como un fenómeno que genera gran impacto a nivel social, pues tales sujetos forman parte de un determinado grupo social cuanto menos vulnerable, a los que el Ordenamiento Jurídico debe brindar especial protección.

Dentro de las numerosas conductas delictivas que atentan contra la indemnidad sexual de los menores de edad se incluyen, entre otras, las agresiones sexuales, los abusos sexuales, y el acoso sexual. En lo que respecta al objeto del presente trabajo, los abusos sexuales a menores de edad se caracterizan por ser todos aquellos actos de índole sexual realizados con menores de dieciséis años en los que no medie violencia o intimidación, y con independencia de si existe consentimiento o no por parte del menor.

Tal y como se va a poner de manifiesto en los siguientes apartados, en lo que respecta a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, han ido evolucionando considerablemente desde la entrada en vigor del CP de 1995 hasta la actualidad. Todo ello se debe en gran medida, a la influencia que España ha venido recibiendo en los últimos tiempos por parte de las distintas normativas europeas, las cuales están destinadas principalmente al endurecimiento y agravación de las penas previstas para los culpables de la comisión de tales conductas delictivas. Se atiende a la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la legislación europea, quedando obligados los Estados miembros a endurecer las penas previstas para los delitos de naturaleza sexual. Concretamente, es en el año 2015 cuando se decide transponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, lo que provocó, entre otras cosas, la elevación de las penas previstas para dichos delitos, así como el establecimiento de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, pues la establecida años atrás por el texto punitivo español, 13 años, era considerablemente inferior a la impuesta en otros países europeos.

En la actualidad, bajo la rúbrica “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años*”, el Capítulo II bis del Título VIII del Código Penal, establece que, será castigado todo aquel que realice actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, entendiendo que dichas conductas suponen un atentado directo contra la indemnidad sexual de los menores. En lo que concierne al objeto del presente trabajo, el apartado primero del artículo 183 CP regula el tipo básico de abuso sexual a menores, elevando la pena de prisión cuando el ataque consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Asimismo, se agravan las penas correspondientes en su mitad superior cuando, el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años. En el mismo sentido, será aplicada la correspondiente agravación de la pena cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas; cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio; cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima; cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima, y, en última instancia, cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por otra parte, otra de las novedades llevadas a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, influenciada una vez más por la Directiva 2011/93/UE, fue la introducción del artículo 183 quáter CP, en virtud del cual, el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por lo comisión de cualquiera de los delitos de naturaleza sexual previstos en el texto punitivo, siempre y cuando el autor sea una persona cercana a la víctima por su edad y grado de desarrollo o madurez. Este innovador precepto ha traído consigo infinitud de problemas a la hora de determinar su naturaleza jurídica, pues la doctrina científica se encuentra dividida, existiendo en la actualidad diversos autores que defienden posturas diferentes acerca de la determinación de la naturaleza dogmática de dicho precepto. Así pues, el conflicto versa sobre si la innovadora figura del artículo 183 quáter del CP debe ser considerada como una causa de exclusión de la tipicidad, como una causa de justificación que excluya la antijuridicidad o si por el contrario, debería ser calificada como una causa de exención de la punibilidad.

No obstante, dicho precepto no solo genera controversia en cuanto a la determinación de su naturaleza jurídica, sino que también existen ciertos problemas a la hora de valorar qué se entiende por “proximidad de edad y madurez entre el autor y la víctima”, pues son conceptos de carácter indeterminado introducidos por el legislador y difíciles de valorar, lo que conlleva que en ocasiones se genere cierta inseguridad jurídica. Es por ello que debe valorarse detenidamente la concurrencia de tales circunstancias ya que de ello depende la aplicación o no del precepto y, por consiguiente, la imposición de la condena al autor del delito o su impunidad. Así las cosas, tal y como va a quedar dispuesto en los siguientes apartados, será el Juez el que tenga que realizar una ponderación de las circunstancias del caso concreto y analizar el grado de desarrollo en el que se encuentran ambos sujetos para determinar si finalmente resulta de aplicación dicho precepto.

En definitiva, es notorio que todo delito de carácter sexual constituye una conducta criminal fuertemente reprochable a nivel social. Así pues, si ya un ataque contra la libertad sexual se presenta como algo negativo que debe ser castigado penalmente, cuando se trata de un atentado contra la indemnidad sexual, esto es, cuando se involucra a sujetos menores de edad, se considera como algo cuanto menos aberrante, siendo el reproche social aún mayor, pues las víctimas de tales delitos forman parte de un grupo social vulnerable al que debe brindarse una especial protección.

Tras la presente introducción, se va a proceder a la realización de un análisis exhaustivo del delito de abusos sexuales a menores de edad previsto en el art. 183 CP. En primer lugar, va a quedar expuesta la evolución legislativa de los delitos contra la indemnidad sexual en la legislación penal española, evolución que se ha visto afectada directamente por las numerosas reformas del Código Penal efectuadas desde la entrada en vigor del CP de 1995 hasta la actualidad. A continuación, habiendo delimitado previamente el bien jurídico protegido, así como los sujetos intervinientes en el delito de abusos sexuales a menores de edad, procederemos al estudio completo del tipo básico de abusos sexuales (183.1 CP), así como del subtipo agravado de abusos sexuales previsto en el artículo 183.3 CP, junto con las circunstancias previstas en el artículo 183.4 CP, las cuales se corresponden con determinados supuestos que, en caso de quedar probada su concurrencia provocarán que la pena a imponer sea aplicada en su mitad superior.

Finalmente, se va a proceder al estudio y examen del novedoso art. 183 quáter CP introducido por la LO 1/2015, tratando, entre otras cosas, cuestiones importantes como la naturaleza jurídica y fundamento del tipo penal, además de un análisis dogmático y jurisprudencial de los términos empleados en el mencionado precepto “consentimiento”, “proximidad en la edad y grado de desarrollo o madurez”, conceptos de carácter indeterminado que como veremos a continuación han sido objeto de numerosas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales.

## **2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS CONTRA LA INDEMNIDAD SEXUAL EN LA NORMATIVA ESPAÑOLA**

A continuación, se va a proceder a exponer el conjunto de reformas y modificaciones que han sido llevadas a cabo en lo que respecta a los delitos contra la indemnidad sexual, concretamente, del delito de abusos sexuales a menores de edad. En tales reformas, el legislador español ha ido introduciendo modificaciones de gran importancia en la legislación penal, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el contexto social y cultural de la época en la que se produjeron tales cambios y, sobre todo, viéndose influenciado por las distintas normas de la Unión Europea que van dirigidas en todo momento a castigar todas aquellas conductas delictivas que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de edad.

En síntesis, se va a proceder a observar en qué medida se iba otorgando una mayor importancia a los menores en la legislación penal, pues, tal y como veremos más adelante, comenzó a dispensarse una especial protección a los menores y a su indemnidad sexual mediante el establecimiento de medidas y penas dirigidas a la represión de todas aquellas conductas sexuales realizadas en contra de la voluntad sexual de dichos sujetos, teniendo en cuenta que se trata de un grupo social merecedor de una alta protección debido a su especial vulnerabilidad y falta de desarrollo o madurez.

## 2.1. El delito de abusos sexuales conforme a la regulación del Código Penal de 1995, tras la entrada en vigor de la LO 10/1995, de 23 de noviembre

El Código Penal de 1995 supuso la adaptación de la legislación penal a los valores constitucionales establecidos en la Constitución de 1978, dando especial importancia a la tutela de los derechos fundamentales y adecuando los tipos delictivos a los tiempos más modernos. Con la entrada en vigor del texto punitivo de 1995, quedó establecida la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Tal y como se desprende del apartado quinto de su exposición de motivos: «*Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como si fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos*»<sup>1</sup>, lo que supuso, como veremos a continuación, que se comenzara a brindar una especial protección tanto a las mujeres, como a los menores e incapaces, persiguiendo con gran empeño todas aquellas conductas delictivas que fuesen en contra de la indemnidad sexual de tales sujetos.

En relación con la figura de abusos sexuales, la cual se pretende analizar en su totalidad en el presente trabajo, podemos observar que en la redacción original del Código Penal de 1995 no existía un precepto dedicado exclusivamente a la protección de los menores de edad, pues, en virtud de lo dispuesto en el **art. 181 CP**, era considerado abuso sexual no consentido todo acto sin violencia o intimidación que atentase contra la libertad sexual de otra persona. No obstante, el apartado segundo del mismo precepto establecía que, serían considerados en todo caso abusos sexuales no consentidos los que se ejecutasen sobre menores de doce años y sobre personas que se hallaren privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

Así pues, resulta destacable que el legislador de 1995 no dedicase un precepto entero a la regulación de los abusos sexuales de los menores de edad, sin hacer referencia en ningún momento a la indemnidad sexual de los mismos, aludiendo en todo momento a “la libertad sexual de las personas”. Pese a ello, puede apreciarse la intención del legislador de brindar una especial protección a los menores, en tanto en cuanto, quedó establecido como límite de consentimiento sexual la edad de doce años, entendiéndose

---

<sup>1</sup> Véase Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 9.

que serían considerados abusos sexuales no consentidos todas aquellas conductas realizadas en contra de todas aquellas personas que no superasen la edad de 12 años.

En relación con las penas previstas para los abusos sexuales, el tipo genérico del **art. 181.1 CP** establecía una pena de multa de doce a veinticuatro meses; sin embargo, los abusos sexuales no consentidos contra menores de doce años eran castigados en todo caso y de forma agravada, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el **apartado segundo del art. 182 CP**, en lo relativo a los abusos sexuales sin consentimiento con acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, se imponía la pena de cuatro a diez años de prisión en su mitad superior, cuando la víctima fuese persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, protegiéndose así nuevamente a los menores, quedando agravado el tipo genérico en su mitad superior, en el supuesto de que la víctima fuere menor de doce años. Finalmente, en virtud de lo dispuesto en el **art. 183 CP**, se otorgaba especial protección a los mayores de doce años y menores de dieciséis, en tanto en cuanto, eran castigados con pena de multa de doce a veinticuatro meses todos aquellos que, interviniendo engaño, cometieren abuso sexual contra personas que se encontrasen dentro de dichos límites de edad, imponiéndose una pena agravada de seis meses a tres años de prisión cuando el abuso consistiese en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal.

Es por todo ello que, a pesar de que el legislador de 1995 no hiciese referencia en ningún momento a la indemnidad sexual, ni tampoco dedicase un precepto exclusivamente a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad como grupo social vulnerable merecedor de una mayor protección, sí quedaron previstas determinadas penas considerablemente agravadas para aquellas conductas sexuales que fuesen llevadas a cabo en contra de tales sujetos, brindándoles así de una especial protección, de manera que ya se tenía en cuenta que eran, y son en la actualidad, personas especialmente vulnerables por razón de su edad y grado de desarrollo o madurez.

## **2.2. El delito de abusos sexuales tras la entrada en vigor de la LO 11/1999, de 30 de abril, por la que se modifica el título VIII del Libro II del Código Penal de 1995**

La reforma llevada a cabo por la LO 11/1999, de 30 de abril revistió gran importancia en lo relativo a los delitos de carácter sexual. Llevando a cabo el análisis exhaustivo de dicha reforma, puede observarse que el legislador ya no hacía referencia única y exclusivamente a la libertad sexual, sino que también introdujo la expresión de “la indemnidad sexual de los menores de edad”. Otra de las reformas a destacar de entre todas las llevadas a cabo, fue el aumento de la edad de consentimiento sexual de doce a trece años. A consecuencia de ello, era necesaria la reforma del Título VIII del Libro II del CP, el cual pasó a denominarse: “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”, lo que hizo posible realizar una distinción más precisa de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en función de la edad que tuviesen las víctimas de delitos de índole sexual.

En este sentido, tal y como quedó establecido en la exposición de motivos de la LO 11/1999, las modificaciones e innovaciones introducidas en el CP reformado, coincidían con lo expresado en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, relativa a la explotación sexual de los niños. De igual manera, la reforma estuvo influenciada en gran medida por lo dispuesto en el art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, adoptado en fecha 29 de noviembre de 1996 por el Consejo de la UE, basado en la acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual: *«Los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad»*<sup>2</sup>.

Así las cosas, se dispuso que las normas contenidas en nuestra legislación penal en relación a los delitos contra la libertad sexual de las personas, no respondían de forma adecuada a las exigencias de la sociedad de aquel momento, pues debía tenerse en cuenta la importancia de los bienes jurídicos en juego, en tanto que no solo se trataba de la libertad sexual, pues debía primar en todo caso la dignidad humana como derecho

---

<sup>2</sup> Véase Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre. Boletín Oficial del Estado, 1 de mayo de 1999, núm. 104, p. 16099.

fundamental inherente a las personas, así como la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces. Es por ello que en aquel momento se consideró necesaria la reforma del Título VIII de su Libro II del CP de 1995, con el fin de tipificar de manera precisa los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes.

En lo relativo a los abusos sexuales, ya en el **art. 181.1** del reformado CP de 1995 se estableció que, el que sin violencia o intimidación y sin que mediare consentimiento, realizase actos que atentasen contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, sería castigado como responsable de abuso sexual con la pena de uno a tres años de prisión o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Así pues, a los efectos de dicha redacción, era considerado abuso sexual no consentido todo aquel que se ejecutase sobre menores de trece años y, en el supuesto de que el abuso sexual se cometiese sobre una víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, o en aquellos casos en que el culpable del delito se prevaliese de su relación de superioridad o parentesco, las penas señaladas anteriormente serían impuestas en su mitad superior.

En el mismo sentido, conforme a lo dispuesto en el **art. 182 CP**, cuando el abuso sexual consistiere en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable era castigado con pena de cuatro a diez años de prisión, siendo aplicada dicha pena en su mitad superior en los supuestos en que la víctima fuese especialmente vulnerable por razón de su edad y en aquellos casos en los que el que ejecutase el delito se estuviese valiendo de su relación de superioridad o parentesco para la comisión del mismo. Además, el **art. 183 CP**, establecía un tipo específico agravado de abusos sexuales cometidos contra personas mayores de trece años y menores de dieciséis, imponiendo una pena de prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, elevando la pena en su mitad superior cuando concurriesen las mismas circunstancias que las dispuestas en el apartado segundo del **art. 182 CP**.

En definitiva, dicha reforma del CP de 1995 supuso un gran cambio en la legislación penal del momento, especialmente en lo relativo a los delitos de índole sexual ya que el legislador realizó un gran esfuerzo para brindar de especial protección a la indemnidad sexual considerada como el bien jurídico protegido de los sujetos menores de edad en dicho ámbito, así como a los derechos inherentes a la dignidad humana, en



tanto en cuanto, eran considerados como sujetos susceptibles de especial protección debido a su escaso grado de desarrollo y madurez.

### **2.3. El delito de abusos sexuales a menores tras la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal de 1995**

En lo relativo a los abusos sexuales a menores de edad, las reformas llevadas a cabo por la LO 15/2003 fueron escasas. No obstante, trajo consigo una reforma innovadora en relación con la nueva redacción del **art. 182 CP** que disponía lo siguiente: *«En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años»*<sup>3</sup>. Así pues, mientras que en la anterior redacción del precepto no se mencionaba nada acerca de la introducción de miembros corporales, en la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la figura delictiva de abuso sexual quedó agravada por la penetración a través de la introducción de miembros corporales por la vía vaginal o anal.

En el mismo sentido, el **art. 183 del CP** reformado, disponía que, el que interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, sería castigado con la pena de prisión de uno a dos años o multa de doce a veinticuatro meses. Además, cuando el abuso sexual consistiere en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena a imponer sería de dos a seis años de prisión.

Tanto para el supuesto del **art. 182 CP** como para el **art. 183 CP**, las penas eran impuestas en su mitad superior en el supuesto de que el que cometiese el delito lo cometiere prevaleándose de su posición de superioridad, así como en aquellos casos en los que la víctima fuese especialmente vulnerable por razón de su edad, modalidad agravada del precepto de abuso sexual que viene manteniéndose desde la redacción original del texto punitivo.

---

<sup>3</sup> Véase Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, 26 de noviembre de 2003, núm. 283, p. 41854.

## **2.4. El delito de abusos sexuales a menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal de 1995**

A diferencia de la reforma llevada a cabo por la LO 15/2003, la reforma del texto punitivo llevada a cabo en 2010 supuso grandes cambios en lo que respecta a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Según lo dispuesto en la exposición de motivos de la LO 5/2010, en atención a las víctimas más vulnerables y su especial protección, era necesario trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Así pues, en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores de edad, el bien jurídico protegido adquiriría una dimensión especial de protección por el mayor contenido de injusto que presentaban dichas conductas delictivas. Tal y como quedó recogido al comienzo del texto legal: *«Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor»*<sup>4</sup>.

Entre las numerosas modificaciones llevadas a cabo con la entrada en vigor de la LO 5/2010, fue la introducción del Título VII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado: *“De los abusos sexuales y agresiones sexuales a menores de trece años”*. En lo que respecta a los delitos de abusos sexuales a menores de edad, el **art. 183 CP** establecía que, el que realizare actos que atentasen contra la indemnidad sexual de un menor de trece años, sería castigado como responsable de abuso sexual con la pena de prisión de dos a seis años. Asimismo, en su apartado tercero establecía que, cuando existiese acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o se llevase a cabo la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal, el responsable sería castigado con la pena de ocho a doce años de prisión en el supuesto de que no interviniese violencia o intimidación. En última instancia, dicho precepto en su apartado cuarto establecía determinadas circunstancias que, en el caso de que concurriese alguna de ellas, las penas

---

<sup>4</sup> Véase Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, pp. 54816 y 54817, núm. 152.

de prisión mencionadas anteriormente serían aplicadas en su mitad superior, siendo tales circunstancias las siguientes:

*«a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima la hubiera colocado en una situación de total indefensión y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

*b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

*e) Cuando el autor haya puesto en peligro la vida del menor.*

*f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminales que se dedicaren a la realización de tales actividades».*

Asimismo, se dispuso que, en todo caso, cuando el culpable de haber cometido el abuso sexual a menor de edad, se hubiese prevalido de su condición de autoridad, agente o funcionario público, se aplicaría, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

En última instancia, cabe mencionar otra gran modificación introducida por la LO 5/2010, en virtud de la cual se produjo la supresión de la figura de los abusos sexuales a menores de 13 años valiéndose de engaño, figura que había estado presente desde la redacción original del CP de 1995.

Así las cosas, en comparación con la anterior redacción del texto punitivo, puede observarse que las innovaciones introducidas por la LO 5/2010, supusieron un aumento significativo de las penas de prisión para aquellos delitos que se cometiesen en contra de la indemnidad sexual de los menores de trece años, todo ello —como ya hemos apuntado— en atención a las directrices marcadas por la Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo de 22 de diciembre de 2003, en atención a la especial protección de los menores de edad por ser víctimas necesitadas de especial protección.

## **2.5. El delito de abusos sexuales a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995. La Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011**

La reforma llevada a cabo por la LO 1/2015, de 30 de marzo afectó en gran medida a los delitos de índole sexual tipificados en nuestro Código Penal. Tales modificaciones fueron llevadas a cabo con la finalidad de trasponer la Directiva 2011/93/UE, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, por la cual se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo.

La Directiva citada ha venido orientando a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, los cuales constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal y como se establece en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, debiendo primar en todo caso el interés superior del menor. En este sentido, se establece que las formas graves de abusos sexuales y explotación sexual han de ser objeto de penas efectivas, proporcionadas y disuasorias, obligando así a los Estados miembros a establecer sanciones penales en su legislación nacional respecto a las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual y la pornografía infantil<sup>5</sup>.

En lo que respecta al objeto del presente trabajo, el **art. 3 de la Directiva** recoge las infracciones relacionadas con los abusos sexuales sosteniendo que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas delictivas mencionadas. El apartado cuarto del mencionado precepto dispone que: *«Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años»*. Asimismo, expresa que, el que realice actos de carácter sexual con un menor abusando de su posición reconocida de confianza, o abusando de

---

<sup>5</sup> Véase Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial del Estado, de 23 de junio de 2010, pp. 54816 y 54817, núm. 152.

una situación especialmente vulnerable del menor, será castigado con una pena de privativa de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado dicha edad. En último lugar, en el supuesto de que para la realización de tales conductas sexuales se esté empleando coacción, fuerza o amenazas, se impondrá una pena privativa de libertad de duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor no ha alcanzado dicha edad<sup>6</sup>.

Una clara demostración de la influencia que tuvo la entrada en vigor de la Directiva de 13 de diciembre de 2011 sobre la LO 1/2015, fue el incremento de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años. Tal y como queda recogido en la Directiva: *«La edad de consentimiento se define como la edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor»*, así pues, mientras que desde la redacción del texto original del Código Penal de 1995 la edad límite de consentimiento sexual había girado en torno a los 12 y 13 años -a partir de la reforma efectuada por la LO 11/1999, de 30 de abril-, la reforma efectuada por la LO 1/2015 supuso el incremento de la edad de consentimiento a dieciséis años. La causa principal que motivó dicha reforma fue la edad de consentimiento sexual prevista en nuestro CP hasta el momento (13 años), la cual resultaba ser muy inferior a la del resto de países europeos, donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años. En la misma línea argumental, con el fin de aumentar la protección de la indemnidad sexual de los menores de edad en España frente a los ataques sexuales cometidos contra dichos sujetos, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió que se llevase a cabo la reforma del CP español para elevar la edad de consentimiento sexual y, sobre todo, para luchar contra la prostitución infantil<sup>7</sup>.

Con todo lo anterior, la redacción actual del **art. 183 CP**, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, establece que, toda aquella persona que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de dos a seis años de prisión. Asimismo, cuando el ataque

---

<sup>6</sup> Véase Artículo 3 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, Diario Oficial de la Unión Europea, pp. 7 y 8.

<sup>7</sup> Véase Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal de 1995, Boletín Oficial del Estado, de 31 de marzo de 2015, pp. 27069 y 27070, núm. 77.

consistiere en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad si concurre alguna de las circunstancias descritas en el apartado cuarto del mismo precepto, las cuales son:

*«a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

*b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

*e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».*

En este sentido, para todos los casos descritos anteriormente, en el supuesto de que el culpable se hubiese prevalido de su condición de autoridad para llevar a cabo la comisión del delito, o fuere agente o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

En último lugar, es preciso mencionar otra de las reformas introducidas por la Ley Orgánica de 2015, influenciada en gran medida por la Directiva de 13 de diciembre de 2011<sup>8</sup>, en virtud de la cual se introdujo el novedoso **art. 183 quáter CP**, -precepto que será analizado con detalle en los siguientes apartados del presente trabajo-, el cual dispone lo siguiente: *«El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la*

---

<sup>8</sup> El Artículo 8 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, dispone que: *“Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si el artículo 3, apartados 2 y 4, será aplicable a los actos de carácter sexual consentidos entre personas próximas por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica, siempre que los actos no impliquen abusos.”*

*responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».*

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto en dicho precepto, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, será considerada como un hecho delictivo en todo caso, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor de edad y grado de desarrollo o madurez<sup>9</sup>. Se trata entonces de un precepto introducido *ex novo* por la LO 1/2015, por la cual todos aquellos delitos sexuales que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de 16 años, estarán penados de forma estricta salvo en aquellos supuestos en los que se considere que el autor se corresponde con una persona cercana a la víctima por su edad o grado de madurez, conceptos de carácter indeterminado que serán analizados detenidamente en los siguientes apartados del presente trabajo.

En definitiva, la LO 1/2015 trajo consigo las últimas reformas del Código Penal de 1995 realizadas hasta la fecha en materia de abusos sexuales contra menores. Con la regulación actual, nos encontramos ante un texto punitivo estricto y severo que pena de forma gravosa todas aquellas conductas que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de 16 años, entendidos éstos como sujetos que merecen una especial protección. Asimismo, tal y como ha quedado expuesto, la regulación de los delitos de índole sexual se ha visto en gran parte influenciada por la normativa europea, la cual siempre ha tenido como principal objetivo criminalizar de forma gravosa todas aquellas conductas sexuales que atenten contra la indemnidad sexual de los menores de edad.

Por todo, habiendo realizado una exposición detallada de la evolución del delito de abusos sexuales en nuestra legislación penal, resulta indudable que el legislador ha ido realizando numerosas modificaciones y reformas con el principal objetivo de castigar de forma severa y efectiva a todo aquel que atente contra la indemnidad sexual de los menores de edad, entendiendo que dicho grupo social está caracterizado por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad y escaso grado de desarrollo o madurez, lo cual implica que sean merecedores de una especial protección por parte del Ordenamiento penal.

---

<sup>9</sup> Véase CORTÁZAR BAHÓN, Evolución de la regulación española sobre la protección penal sexual de los menores, 2019, p. 36.

Sin embargo, en sentido contrario a lo expresado anteriormente, autores como TAMARIT SUMALIA entienden que en lo que respecta a los delitos de naturaleza sexual, nuestro texto punitivo contiene una dureza extrema que sobrepasa a otros ordenamientos penales europeos<sup>10</sup>. En este sentido, nos mostramos conformes con la línea argumental mantenida por dicha autora, puesto que el incremento de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años supone un grave problema para el desarrollo de la libertad sexual de los menores de edad, pues dicha norma conlleva en numerosas ocasiones a tipificar penalmente conductas sexuales llevadas a cabo por menores de edad próximos en grado de desarrollo o madurez que se encuentran explorando libremente su sexualidad. Por esta razón, desde nuestra perspectiva, será necesario atender a la necesidad del establecimiento de una ley que, si bien no busca dejar impunes aquellas conductas sexuales que supongan un verdadero atentado contra la indemnidad sexual de los menores, se encargase de regular específicamente aquellos supuestos en los que mediando el consentimiento del menor, quedarán exentos de responsabilidad penal todos aquellos sujetos intervinientes en el acto sexual siempre y cuando quede acreditada la proximidad en edad y grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos.

### **3. EVOLUCIÓN DEL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL. LA INDEMNIDAD SEXUAL DE LOS MENORES DE EDAD**

El Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos<sup>11</sup>. Dicho concepto de carácter indeterminado ha sido definido en numerosas ocasiones, constituyéndose como «(...) *un valor de la vida protegido por el Derecho*»<sup>12</sup>. Desde el origen de dicho concepto ha existido un gran debate acerca de qué es aquello que debe ser protegido jurídicamente. Partiendo de la posición conservadora de BINDING, el bien jurídico es todo objeto, en sentido amplio, material o inmaterial que la ley considera digno de protección jurídica, es decir, es la propia ley, concretamente la ley penal en sus respectivos tipos penales la que establece un catálogo de bienes jurídicos merecedores de

---

<sup>10</sup> Véase TAMARIT SUMALIA, en QUINTERO OLIVARES, (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, 2015, p. 421 y ss.

<sup>11</sup> Véase ROSA CORTINA, Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2013, p. 13.

<sup>12</sup> Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, DP PG, 1996, p. 292 y ss.



una especial protección. Frente a esta postura, VON LISZT adopta una teoría propia mayoritariamente aceptada en la actualidad, en virtud de la cual el bien jurídico puede ser definido como «*Un interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada, que adquiere reconocimiento jurídico*». En este sentido, considera que el bien jurídico protegido es preexistente e independiente de una persona o de la sociedad, importante para el desenvolvimiento de los mismos y por ello merecedor de protección jurídica<sup>13</sup>.

LUZÓN PEÑA también se ha pronunciado al respecto sosteniendo que resulta conveniente formular un concepto amplio y general de los bienes jurídicos entendidos como «*condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad*»<sup>14</sup>, todas ellas favorecedoras para el desarrollo de la vida de la persona, tanto como individuo en su esfera personal, cuanto como en sus relaciones con la sociedad, las cuales pueden ser consideradas como objetos materiales o inmateriales, intereses o derechos socialmente valiosos y por ello, dignos de protección jurídica<sup>15</sup>.

La determinación del bien jurídico protegido en los delitos de índole sexual ha sido desde siempre una cuestión controvertida. Ni siquiera en la actualidad se encuentra resuelta dicha problemática, pues siguen existiendo opiniones discordantes a la hora de determinar cuál es efectivamente el bien jurídico protegido en referencia a determinadas figuras delictivas de naturaleza sexual.

En lo que respecta a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, la cuestión no es ni mucho menos pacífica, pues para dar solución a dicha cuestión deberá atenderse a qué es lo que verdaderamente puede entenderse como bien protegido en el caso de que se realicen actos de naturaleza sexual en los que la víctima sea un sujeto menor de edad<sup>16</sup>. La determinación del bien jurídico protegido es decisiva, pues «*No todo hecho subsumible formalmente en el tipo es automáticamente relevante para el Derecho Penal. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y*

---

<sup>13</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP PG, 2016, p. 168.

<sup>14</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP PG, 2016, p. 169.

<sup>15</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP PG, 2016, pp. 169 y 170.

<sup>16</sup> Véase Díez Ripollés, El Derecho penal ante el sexo: límites, criterio de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual, 1981, pp. 22 y 23; en este sentido, también Monge Fernández, RDCP, 15, 2010, p. 87.

*comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma»<sup>17</sup>. En este sentido, la delimitación del bien jurídico a proteger adquiere gran importancia, pues, como señala VEGA GUTIÉRREZ «En el ámbito de la interpretación teleológica y valorativa, el bien jurídico desempeña una importante función de orientación sobre el sentido y finalidad protectora de los tipos, de tal forma que podrá excluir de la tipicidad conductas que, aunque aparentemente encajan en la norma, en realidad no lesionan ni ponen en peligro el concreto bien jurídico protegido por la misma»<sup>18</sup>.*

A continuación, procederemos a exponer y analizar las distintas tesis y posturas que se han defendido en torno al bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual de menores de edad, comenzando con la tan cuestionada honestidad sexual y terminando con la indemnidad sexual.

### **3.1. La honestidad sexual y la moral sexual**

Tradicionalmente, el bien jurídico protegido en los delitos de carácter sexual era “la moral sexual” o lo que también era conocido como “la honestidad sexual”. Aproximadamente hasta la instauración de la CE de 1978 las conductas delictivas de carácter sexual habían sido consideradas como “delitos contra la honestidad sexual”. En palabras de DIEZ RIPOLLÉS, desde el Código de 1948 hasta las primeras reformas llevadas a cabo en 1978 «(...) sus contenidos se mantuvieron sustancialmente inalterados, apoyados en un objeto de tutela incuestionado, la honestidad o moral sexual colectiva»<sup>19</sup>.

A pesar de que una parte de la doctrina consideraba “la moral sexual” como el bien jurídico protegido en los delitos de índole sexual, definida por MUÑOZ CONDE como «*Aquella parte del orden moral social que encauza dentro de unos límites el instinto sexual de las personas*»<sup>20</sup>, la aceptación de la honestidad sexual y su función como bien jurídico protegido no contaba con demasiado apoyo. Por el contrario, la

---

<sup>17</sup> Cfr. GÓMEZ TOMILLO, RECP, 07-04, 2005, p. 10

<sup>18</sup> Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español, 2010, p. 91.

<sup>19</sup> Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, Comentarios al Código Penal. Parte especial, Volumen II, 2004, p. 294, en este sentido, también ROSA CORTINA, Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2013, p. 2.

<sup>20</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, DP PE, 2015, p. 191.

doctrina mayoritaria se mostraba favorable a la idea de que los delitos de naturaleza sexual cometidos contra menores de edad tenían como elemento común que todos ellos eran cometidos a través de la realización de distintas conductas de carácter deshonesto e inmoral, sin embargo, no era posible afirmar que la realización de dichas conductas provocase un atentado directo contra la honestidad sexual de las víctimas del delito.

Siguiendo la línea argumental de dicho sector doctrinal mayoritario, la honestidad sexual no podía ser considerada en sí misma como el bien jurídico a proteger en los delitos de naturaleza sexual, pues más bien se trataba de un conjunto de acciones o conductas sexuales deshonestas e inmorales que afectaban a bienes jurídicos distintos. En palabras de MONGE FERNÁNDEZ, la concepción de la moral sexual como bien jurídico protegido en los delitos de índole sexual es peligrosa para la seguridad jurídica, en tanto en cuanto se trata de un concepto impreciso que permite al juez hacer valer sus propias concepciones personales conforme a la moral sexual dominante<sup>21</sup>.

### **3.2. La libertad sexual y la indemnidad sexual**

La libertad sexual puede definirse como «*La libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que las derivadas del respeto a la libertad ajena y a la facultad de repeler las agresiones sexuales de otro, pudiéndose derivar la libertad sexual así descrita del derecho al libre desarrollo de la personalidad*»<sup>22</sup>, siendo consolidada como el objeto de protección que justifica las intervenciones jurídico-penales en las prácticas sexuales de los ciudadanos<sup>23</sup>.

Frente a las teorías que mostraban su conformidad con la moral u honestidad sexual como bien jurídicamente protegido, un sector doctrinal ha venido manteniendo que el bien jurídico protegido en torno a los delitos de índole o naturaleza sexual debía estar integrado exclusivamente por la libertad sexual<sup>24</sup>. Como resultado de las distintas críticas efectuadas acerca de las figuras de “honestidad o moral sexual”, y con la entrada en vigor de la CE de 1978 comenzaron a instaurarse un conjunto de valores y derechos

---

<sup>21</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, DP PE, 2015, pp.191 y 192, en el mismo sentido, también GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho Penal, 1990, p. 197 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. MARCHENA GÓMEZ, LLP, Tomo 2, 1990, p. 1150.

<sup>23</sup> Véase BOIX REIG, en BOIX REIG (dir.), DP PE, vol. I, 2016, p. 353.

<sup>24</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 51.

fundamentales que impactaron directamente en el Derecho Penal sexual, pues comenzaba a asentarse la idea de que los bienes individuales eran susceptibles de ser protegidos, esto es, la libertad sexual individual de cada persona<sup>25</sup>. En el mismo sentido, las reformas operadas por la LO 3/1989, de 21 de junio, supusieron un gran avance en la tradición punitiva, pues se introdujo por primera vez el concepto de libertad sexual, dejando atrás los denominados “delitos contra la honestidad sexual”, lo que vino a demostrar que se comenzaba a superar el desacuerdo existente entre el Derecho y la sociedad, así como el conflicto entre la normatividad jurídica y la normalidad social<sup>26</sup>.

Siguiendo dicha línea argumental, CANCIO MELIÁ afirma que lo que verdaderamente se produjo fue *«El tránsito de una regulación centrada en una moral sexual colectiva asimétrica, orientada hacia la atribución de la esfera sexual de determinadas mujeres al ámbito patriarcal de determinados hombres (honestidad), absolutizadora del coito heterosexual (yacimiento) y de roles sexuales diferenciados (en perjuicio de la capacidad de la mujer para autodeterminarse en este contexto), es decir, de un Derecho penal sexual patriarcal, hacia una regulación centrada en la libertad sexual de todos»*<sup>27</sup>.

La entrada en vigor del CP de 1995 supuso la introducción de los delitos de índole sexual bajo la rúbrica “De los delitos contra la libertad sexual”, avance positivo puesto que el legislador tenía como fin primordial la incriminación y represión de tales conductas llevadas a cabo en contra de la voluntad de la víctima, dejando de lado el carácter deshonesto o inmoral que pudiese tener el comportamiento sexual realizado, lo que significó que se comenzara a proteger ante todo la libertad de decisión en el ámbito sexual y no una determinada concepción moral acerca de la sexualidad en sí misma<sup>28</sup>. Tal y como quedó expresado en la Exposición de Motivos de dicho texto punitivo *«Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que, no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos»*<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Véase ROSA CORTINA, Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 2013, p. 4.

<sup>26</sup> Véase LAMARCA PÉREZ, JPD, 27, 1996, p. 50.

<sup>27</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ, LLP, 80, 2011, p. 1.

<sup>28</sup> Véase LAMARCA PEREZ, JPD, 27, 1996, pp. 50 y 51.

<sup>29</sup> Cfr. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 9.

En la actualidad, el bien jurídico protegido en lo que respecta a los delitos de índole sexual es la libertad sexual, entendida según DÍEZ RIPOLLÉS, como la tutela de un derecho correspondiente con que toda persona tiene posibilidad de decidir libremente la realización o no de actos de contenido sexual<sup>30</sup>. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER, define la libertad sexual como «*La posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento por la de utilizar y servirse del propio cuerpo*»<sup>31</sup>. No obstante dicho sector doctrinal que se mostraba conforme con la tesis tradicional de la libertad sexual como bien jurídicamente protegido en los delitos de naturaleza sexual debía enfrentarse al desafío de delimitar cual era el bien jurídico protegido en aquellos supuestos en los que las conductas sexuales afectasen a sujetos menores o incapaces, pues si bien la libertad sexual ha sido definida como la capacidad de autodeterminarse en el ámbito sexual, difícilmente podemos realizar dicha afirmación cuando se trata de sujetos menores de edad, los cuales tal y como ha venido afirmándose hasta ahora son sujetos incapaces de desarrollarse y decidir libremente en el ámbito sexual<sup>32</sup>.

Con la entrada en vigor de la LO 11/1999 se llevaron a cabo infinitud de reformas en el texto legal de 1995. Así pues, en el ámbito de los delitos de naturaleza sexual, el legislador ya no solo hacía referencia a la libertad sexual, sino que introdujo una nueva figura junto a la libertad sexual, la cual fue denominada como “**indemnidad sexual**”, quedando establecida como el bien jurídico protegido en los delitos de índole sexual cometidos contra sujetos menores de edad, con el principal objetivo de tutelar y salvaguardar no solo la libertad sexual de los individuos, sino también la indemnidad sexual cuando se tratasen de delitos que fueren cometidos contra sujetos menores de edad. No obstante, tal y como ha quedado anunciado en los anteriores párrafos, la convergencia de la indemnidad sexual y la libertad sexual no está libre de conflicto, pues la doctrina se encuentra dividida entre aquellos autores que entienden que la incorporación de dicha figura al ordenamiento es innecesaria y aquellos que la definen como un concepto fundamental para salvaguardar el desarrollo de la sexualidad de los sujetos menores de edad.

---

<sup>30</sup> Véase LAMARCA PÉREZ, en LAMARCA PÉREZ (coord.), Delitos. La parte especial del Derecho Penal, 2016, p. 166.

<sup>31</sup> Véase ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), DP PE, 2019, p. 188 y ss.

<sup>32</sup> En sentido contrario se pronuncia Díez Ripollés sosteniendo que la libertad sexual también es suficiente para los supuestos en los que menores o incapaces intervengan en el acto sexual (Véase DÍEZ RIPOLLÉS, La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, 1985, p. 218).

### ***3.2.1. Sector doctrinal crítico con la indemnidad sexual como bien jurídicamente protegido en los delitos sexuales contra menores de edad***

Autores como ORTS BERENGUER Y DÍEZ RIPOLLÉS, se posicionan como figuras fundamentales dentro del sector doctrinal que se ha mostrado crítico con la figura de la indemnidad sexual, considerando que esta no representa un valor con significado propio, y que solo puede ser entendida en relación con la figura de la libertad sexual, por lo que el bien jurídico sobre el que gira la protección es, sin ninguna duda, la libertad sexual<sup>33</sup>. En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS parte de la premisa de considerar errónea la teoría que niega la capacidad de autodeterminación sexual de los menores de edad. Igualmente considera que los menores e incapaces gozan de libertad sexual, y por consiguiente, son capaces de autodeterminarse sexualmente, debiendo dejar descartada la tesis que mantiene la indemnidad sexual como bien jurídico protegido ya que se trata de un concepto indeterminado, impreciso y carente de significado, el cual supone una vulneración directa del principio de seguridad jurídica<sup>34</sup>.

### ***3.2.2. Sector doctrinal favorable a la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra menores de edad***

En sentido contrario, gran parte de los autores especialistas en la materia se posicionan a favor de la figura de la indemnidad sexual como bien jurídico protegido en aquellos casos en los que se atenta sexualmente contra sujetos menores de edad. A modo ilustrativo, MUÑOZ CONDE se muestra favorable a la tesis que acoge la indemnidad sexual como bien jurídico protegido de los menores e incapaces que intervengan en actos de naturaleza sexual, entendiendo que debe hablarse de libertad sexual cuando el delito fuere cometido contra un adulto y, de indemnidad sexual, cuando se traten de delitos de índole sexual que atentan contra menores de edad<sup>35</sup>.

A mayor abundamiento, RAGUÉS I VALLÉS se posiciona del lado de aquellos autores que descartan la tesis que defiende la libertad sexual de los sujetos menores de edad. Considera la indemnidad sexual como el bien susceptible de protección jurídica

---

<sup>33</sup> Véase ROPERO CARRASCO, en EPCr, 34, vol. XXXIV, 2014, p. 245. En este sentido, también BUENO ARÚS, EDJ, 21, 1999, p. 271, así como DÍEZ RIPOLLÉS, en RDPCr, 6, 21, 2000, p. 69 y ss.

<sup>34</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 66 y ss.

<sup>35</sup> Véase MUÑOZ CONDE, DP PE, 2015, p. 216 y ss.

siempre que se traten de sujetos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, entendiendo que dicha indemnidad se encuentra directamente vinculada con el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad, dispuesto en el art. 10 CE y con el deber de protección de la infancia por parte de los poderes públicos, recogido en el art. 39 CE<sup>36</sup>.

Asimismo, autores como ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRÁ se muestran favorables al bien jurídico de la indemnidad sexual, manteniéndola al margen de la libertad sexual, la cual será alcanzada con la edad adulta, considerando que debe atenderse principalmente al bienestar psíquico del menor, entendido como «*Un reflejo del interés en que obtengan un adecuado proceso de formación en el descubrimiento y comprensión del fenómeno de la sexualidad, así como en la forma de afrontarlo y asumirlo*»<sup>37</sup>. No obstante, estos últimos, partiendo desde un punto de vista más abierto, y sin optar por una postura negacionista en cuanto a la libertad sexual, consideran que los menores también gozan de libertad sexual, sin embargo, su “especialidad”, hace que no se les reconozca dicha libertad, en tanto en cuanto, no tienen capacidad suficiente para gestionar el impulso sexual. Es por ello que, como consecuencia de dicha situación, deriva una especial tutela por parte de los poderes públicos y del Estado, influenciada por una presunción *iuris et de iure*, por la cual, los menores no tienen aún desarrollada su capacidad para autodeterminarse sexualmente con personas adultas que ya han adquirido dicha capacidad de autodeterminación sexual<sup>38</sup>.

### **3.2.3. Toma de posición**

A modo de conclusión, tal y como se ha puesto de manifiesto, existe cierta controversia a la hora de decidir cuál es el bien jurídico protegido en lo que respecta a los delitos de naturaleza sexual. Sin embargo, desde un punto de vista objetivo, puede afirmarse que la sexualidad ha sido y lo es en la actualidad, un aspecto esencial en la esfera individual de cada persona. En consecuencia, con el paso del tiempo y la evolución progresiva de las sociedades occidentales, el papel de las mujeres, así como el de aquellos

---

<sup>36</sup> Cfr. RAGUÉS i VALLES, en SILVA SÁNCHEZ (dir.), RAGUÉS i VALLES (coord.), Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 2006, p. 107 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. ORTS BERENGUER/ SUAREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 20.

<sup>38</sup> Véase ROPERO CARRASCO, EPCr, XXXIV, 2014, pp. 246 y 247. En este sentido, ORTS BERENGUER/ SUAREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 18 y ss. Asimismo, MENDOZA CALDERÓN, El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, 2014, p. 151 y ss.

sujetos con especial vulnerabilidad, esto es, los menores de edad e incapaces, se ha instaurado el fenómeno de la salvaguarda de la dignidad y la personalidad de tales sujetos por ser caracterizados como un determinado grupo social sobre el cual debe recaer una especial protección.

Es cierto que, la moral sexual que propugnaban algunos autores del siglo pasado, no parece la opción más acertada para referirnos al bien jurídico protegido en lo que respecta a los delitos de naturaleza sexual, pues dicha moral iba más bien dirigida a la represión de ciertas conductas sexuales consideradas deshonestas e inmorales y no podía ser considerada como un bien susceptible de protección jurídica. Sin embargo, desde una perspectiva personal, consideramos necesario advertir que, como postura intermedia a lo sostenido por la doctrina, podría afirmarse la existencia de una estrecha relación entre la libertad sexual y la indemnidad sexual, sin suprimir por completo esta última, pues no existe incompatibilidad entre tales figuras, en tanto en cuanto, no cabe duda de que los menores son sujetos que requieren una protección específica, ya que su sexualidad puede encontrarse en muchos casos pendiente de desarrollo, luego no sería del todo correcto hacer referencia únicamente a la libertad sexual, sino que más bien debería hacerse referencia a la indemnidad sexual de aquellos sujetos menores de edad que aún no han visto desarrollada su sexualidad, protegiendo así, tanto la dignidad de los mismos, como el derecho al desarrollo psicosocial adecuado y el derecho a no sufrir graves daños derivados de experiencias sexuales lesivas<sup>39</sup>.

En definitiva, en lo que respecta al objeto de investigación del presente trabajo, cuando se trata de abusos sexuales cometidos contra sujetos menores de edad, debemos referirnos a la indemnidad sexual como objeto de protección, ya que cuando se hace referencia a la indemnidad sexual se pretende proteger la dignidad y el desarrollo de la personalidad de tales sujetos susceptibles de una especial protección. Por consiguiente, con todo lo anterior y en base a los efectos lesivos que derivan de la realización de dichas conductas sexuales contra sujetos menores de edad o incapaces, puede afirmarse que debe existir una especial protección de la indemnidad sexual de dichos sujetos, así como la

---

<sup>39</sup> Sobre estos puntos de vista, véase ROPERO CARRASCO, EPCr, XXXIV, 2014, p. 250 y ss. En este sentido, también véase MORILLAS FERNÁNDEZ, Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet, 2005, p. 161 y ss.



efectiva intervención del Ordenamiento Jurídico con el fin de reprimir aquellas conductas que puedan dañar la personalidad y el desarrollo de la sexualidad de tales sujetos.

## **4. SUJETOS INTERVINIENTES EN LOS DELITOS DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS**

### **4.1. El sujeto activo**

El Título VIII del Libro II del Código Penal comprende los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Concretamente, en lo que respecta al objeto de este trabajo, el Capítulo II bis, bajo la rúbrica “De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años” se encuentra dedicado enteramente al desarrollo y regulación de los tipos penales que atentan contra la indemnidad sexual de los menores de edad, preceptos que en su conjunto se encuentran orientados a la protección de la libertad en su dimensión sexual y al desarrollo de la personalidad en dicho ámbito<sup>40</sup>.

El contenido de los delitos de índole o naturaleza sexual se ha visto influenciado en gran medida por las numerosas reformas llevadas a cabo desde la entrada en vigor de la CE de 1978 todas ellas destinadas a la instauración de una verdadera y efectiva protección de la libertad e indemnidad sexuales. En este sentido, en lo que respecta al objeto del presente trabajo, la evolución del tipo penal de abusos sexuales a menores de edad queda justificada, tal y como se desprende del Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal de 1995, en la necesidad de trasponer la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación de los menores y la pornografía infantil<sup>41</sup>.

En referencia a los abusos sexuales a menores de edad debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un delito común. Tal y como se desprende de la redacción del art. 183.1 CP «*El que realizare actos de carácter sexual...*», el *sujeto activo* del delito se encuentra claramente indiferenciado, esto es, cualquiera puede atentar contra la

---

<sup>40</sup> Véase BOIX REIG, en BOIX REIG (dir.), DP PE, La protección penal de los intereses jurídico personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), Vol. I, 2016, p. 353.

<sup>41</sup> Véase BOIX REIG, en BOIX REIG (dir.), DP PE, La protección penal de los intereses jurídico personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), Vol. I, 2016, p. 354.

indemnidad sexual de otro sujeto menor de dieciséis años ya sea hombre o mujer el que lleve a cabo la acción típica descrita en el tipo, pudiendo existir distintas combinaciones en la realización del tipo básico y pudiendo constituirse como sujetos activos del delito tanto el hombre como la mujer<sup>42</sup>. Es por ello que en los delitos de abusos sexuales a menores de 16 años, la autoría del tipo penal no se encuentra limitada a un determinado sexo, pues no está exigida en el tipo básico ninguna cualidad concreta del sujeto que lleve a cabo la acción típica, quedando al margen el sexo y la orientación sexual, así como la edad del mismo.

Dichas afirmaciones pueden variar en el caso de que estuviésemos ante la conducta típica prevista en el artículo 183.3 del CP, consistente en: «*Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías...*», pues el *acceso carnal* al que se refiere dicho precepto suscita grandes dudas a la hora de valorar si la mujer podría ser calificada como sujeto activo de tal conducta. En este sentido, diversos autores como MUÑOZ CONDE sostienen que la mujer no puede ser considerada sujeto activo de aquellas conductas que consistan en la penetración vaginal, anal o bucal, pues dichas acciones sólo podrán ser realizadas por el órgano reproductor masculino, motivo por el cual la mujer solo podrá ser considerada sujeto activo en aquellas conductas típicas consistentes en la introducción de miembros corporales u objetos<sup>43</sup>. Por el contrario, autores como ORTS BERENGUER entienden que “*el acceso carnal por vía vaginal es un acto realizado tanto por el hombre como por la mujer que copulan, por lo que el autor puede ser un hombre o una mujer (debiendo, en este segundo caso, pertenecer el sujeto pasivo al sexo opuesto*”<sup>44</sup>.

#### **4.2. El menor como sujeto pasivo del delito de abusos sexuales**

En lo que respecta al *sujeto pasivo* de tales delitos de índole sexual, tal y como se desprende de la redacción literal del artículo 183 CP, así como de la rúbrica que enuncia el Capítulo II bis del CP “*De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis*

---

<sup>42</sup> Véase CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.), Comentarios al Código Penal, Tomo VI, 1999, p. 454.

<sup>43</sup> Véase MUÑOZ CONDE, DP PE, 2015, p.194. En este sentido, también LOPEZ AJENJO, Los delitos contra la libertad sexual: Agresión y abusos sexuales, 2019, p. 14.

<sup>44</sup> Cfr. ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), Delitos. La parte especial del Derecho Penal, 2016, p. 205.

*años*”, no existe problemática alguna al afirmar que todo menor de dieciséis años deberá ser considerado, en todo caso, como sujeto pasivo de los delitos de naturaleza sexual, siendo indiferente si el menor responde al género masculino o femenino.

Como ya ha sido manifestado anteriormente, los menores de edad son objeto de una protección reforzada por parte del Derecho penal, pues son sujetos pasivos de gran parte de los delitos recogidos en nuestro CP. Tal protección y tratamiento diferenciado de los menores en nuestro Ordenamiento Penal responde en gran medida al pensamiento socialmente extendido y aceptado de que las conductas de carácter sexual realizadas sobre o en contra de los menores, pueden afectar a la evolución y desarrollo de la personalidad de tales sujetos, así como producir alteraciones considerables en su equilibrio psíquico presente y futuro, en tanto en cuanto no tienen desarrollada aun su sexualidad. En el contexto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, los menores de dieciséis años son considerados sujetos pasivos del delito en todo caso, pues todo acto de índole o naturaleza sexual ejercitado con un menor de dieciséis años será considerado delito, sin otorgarse ni siquiera relevancia a la existencia o no del consentimiento prestado por menor, considerándose en todo momento que la relación sexual mantenida con un sujeto menor de edad no ha sido consentida o no lo fue válidamente<sup>45</sup>. Todo ello con la excepción establecida en el artículo 183 quáter del CP, novedad introducida en virtud de la cual se presume que el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal de los delitos sexuales contra menores de edad, cuando se estime que el autor del delito debe ser considerado como una persona próxima o cercana a la víctima por su edad y grado de desarrollo o madurez.

En síntesis, queda evidenciada la importancia que nuestro Ordenamiento Penal otorga a los sujetos menores de edad, los cuales son considerados como un grupo social vulnerable susceptible de protección por parte del Ordenamiento Penal. Tal y como ha quedado de manifiesto, en los delitos de naturaleza sexual, dicha protección es aún más severa y rigurosa en comparación con la protección dada a los adultos, todo ello justificado en la especial gravedad que suponen dichas conductas sexuales cuando el sujeto pasivo se corresponde con un sujeto menor de edad, tratando el legislador de proteger en todo momento el desarrollo de sexualidad de los menores, asegurando así que su libertad sexual futura se desarrolle en un contexto normal y adecuado sin ningún tipo

---

<sup>45</sup> Véase GARCÍA ÁLVAREZ, RGDP, 20, 2013, *passim*.

de interferencias externas que puedan suponer una afectación al desarrollo psíquico y sexual de tales sujetos<sup>46</sup>.

### **4.3. Toma de posición**

Partiendo desde una perspectiva personal, en lo que respecta al sujeto pasivo interviniente en el acto sexual no cabe duda de que se trata de todo menor de dieciséis años sobre el que recaiga la acción típica descrita en el tipo penal de abusos sexuales a menores de edad, siendo indiferente el sexo masculino o femenino del menor, así como si se trata de una relación entre personas de igual o distinto sexo.

Por el contrario, resulta más problemático determinar al sujeto activo del delito ya que a pesar de que el tipo básico de abusos sexuales a menores de edad (art. 183.1 CP) establece que será responsable de la realización de la conducta típica toda persona que realice cualquier acto sexual sobre el sujeto menor de dieciséis años, independientemente de si es hombre o mujer, lo cierto es que surgen ciertas dudas respecto del subtipo agravado de abusos sexuales a menores de edad consistente en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos por cualquiera de las dos primeras. En este caso, compartiendo lo sostenido por una parte de la doctrina, considero que el acceso carnal por alguna de las tres vías solo puede ser realizado por el órgano genital masculino, lo que significa que solo los varones podrán ser sujetos activos y por tanto, solo éstos podrán llevar a cabo la conducta típica. No obstante, en lo que respecta a la introducción de objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías consideramos que cualquier sujeto podrá ser considerado sujeto activo de dicha conducta típica siendo indiferente su sexo masculino o femenino.

## **5. EL TIPO BÁSICO DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE EDAD (ART. 183.1 CP)**

### **5.1. El tipo objetivo. Delimitación de la conducta típica**

---

<sup>46</sup> Véase GARCÍA ÁLVAREZ, RGDP, 20, 2013, *passim*.

El artículo 183.1 del CP recoge el tipo básico de abusos sexuales contra menores de dieciséis años. La literalidad del precepto establece lo siguiente: *«El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años»*.

Llevando a cabo una primera aproximación a la conducta típica descrita en el precepto que recoge el delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años, es necesario realizar una delimitación negativa de dicha conducta, en virtud de la cual deberán ser excluidos del tipo básico de abusos sexuales a menores de edad, todos aquellos comportamientos de carácter sexual cometidos con violencia o intimidación, los cuales quedarán recogidos en el tipo penal establecido en el artículo 183.2 del CP, el cual se refiere a las agresiones sexuales a menores de dieciséis años, así como todas aquellas conductas que consistan en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, las cuales se constituyen como conductas que deberán ser integradas en el tipo penal descrito en el art. 183.3 del CP<sup>47</sup>.

Para poder determinar que estamos ante un supuesto de abuso sexual tipificado en el artículo 183 CP, debe concretarse en primer lugar, en qué consiste la conducta típica descrita en el tipo penal. La reforma de 2015, además de aumentar la edad del sujeto pasivo del tipo penal de trece a dieciséis años, sustituye la antigua redacción *«actos que atenten contra la indemnidad sexual»* por *«actos de carácter sexual»*, reforma casi irrelevante teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido sigue correspondiéndose con la indemnidad sexual, y manteniéndose la necesidad de que los actos realizados por el sujeto activo del delito contengan conductas con un contenido de carácter o naturaleza sexual<sup>48</sup>. Así las cosas, de dicho precepto puede desprenderse que, todo aquel que realice actos de naturaleza sexual con un sujeto menor de dieciséis años, será responsable de la comisión de un delito de abuso sexual, el cual se corresponde con la realización de conductas sexuales que supongan un atentado contra la indemnidad sexual de tales sujetos, sin necesidad de que intervenga violencia o intimidación en dicho acto sexual.

---

<sup>47</sup> Véase MONGE FERNANDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010, 2011, p. 114.

<sup>48</sup> Véase BOIX REIG, en BOIX REIG, (dir.), DP PE, La protección penal de los intereses jurídico personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), Vol. I, 2016, p. 391.

Tal y como ha quedado manifestado anteriormente, la nueva redacción del precepto introducida a partir de la reforma del CP de 2015 renuncia a la técnica consistente en hacer referencia al bien jurídico protegido en la descripción de la conducta típica, aludiendo únicamente a la realización de “*actos de carácter sexual*” con sujetos menores de dieciséis años. El Tribunal Supremo en su STS 37/2015, de 3 de febrero (FJ 3º), se ha pronunciado acerca de la delimitación de la conducta típica en los delitos de abusos sexuales a menores de edad, en virtud de la cual dispone que la figura delictiva del abuso sexual se encuentra integrada por tres requisitos o elementos: «a) *Un elemento objetivo de contacto corporal, tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significante sexual.* b) *Tal elemento objetivo o contacto corporal puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de determinarse libremente en el ámbito sexual.* c) *Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta, expresado en el clásico “ánimo libidinoso” o propósito de obtener una satisfacción sexual a costa de otro».*

En este sentido, puede observarse que dichos elementos o requisitos guardan cierta similitud con la conducta típica prevista en el artículo 183 bis del CP, el cual determina que: «*El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años*». Evidentemente, todo aquel que realiza actos de carácter sexual con un menor, normalmente lo ha determinado previamente a participar en un comportamiento de carácter sexual<sup>49</sup>, por lo que en ocasiones, surge la cuestión acerca de si estamos ante la conducta típica descrita en el artículo 183.1 CP o, si bien, nos encontramos ante un supuesto que pudiera ser enmarcado en la descripción del artículo 183 bis CP, pues si tenemos en cuenta las penas que impone el legislador a los autores de tales delitos, las previstas para el segundo de los preceptos mencionados (art. 183 bis CP) son significativamente inferiores a la pena prevista para el tipo básico de abusos sexuales a

---

<sup>49</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, 2015, p. 519.

menores de edad (art. 183.1 CP). Como solución a dicha cuestión, surgen dos posibles interpretaciones:

La primera, conduce a considerar que el art. 183.1 CP operaría siempre que exista cualquier tipo de contacto sexual con un menor de edad, y siempre que dicho acto implique la intervención del autor por sí mismo, involucrándose personalmente en el acto sexual, ya sea a través de contacto físico o por la mera observación, lo que incluiría tocamientos en zonas sexualmente significativas, siendo indiferente que tales tocamientos los realice el autor sobre la víctima o viceversa, así como aquellos casos en los que el autor del delito determine al menor a realizar actos de manipulación sexual sobre el cuerpo del autor del delito, y cuando se obligue al menor a masturbarse a sí mismo o incluso hacerlo sobre terceros en presencia del autor. La segunda interpretación, nos lleva a afirmar que para que el art. 183.1 CP resulte susceptible de ser aplicado, es necesaria la existencia de un contacto físico y directo entre el autor y la víctima, sin el cual no podría llevarse a cabo la aplicación del tipo penal al caso concreto<sup>50</sup>.

Tras el análisis de ambas interpretaciones posibles, GÓMEZ TOMILLO entiende que debe optarse por la segunda solución, en tanto en cuanto, además de ser la alternativa que aporta mayor seguridad jurídica, debemos tener en cuenta que cuando existe contacto físico y directo entre el autor y el menor, se produce un salto cualitativo, pues el autor se implica personalmente y con un mayor protagonismo en el acto sexual, por lo que, como consecuencia de ello, es necesaria una mayor represión penal de tales actos. En el mismo sentido, el art. 183 bis CP, hace referencia a la expresión «*aunque el autor no participe en ellos*», lo que conlleva a que dicho precepto sea susceptible de aplicación incluso cuando el autor no participe en el hecho delictivo, por lo que resultaría incompatible en este caso la aplicación del art. 183.1 CP, precepto que exige en todo momento que el autor del delito se involucre personal y sexualmente en los hechos. Por este mismo motivo, en el supuesto de que el autor determinase al menor de edad a participar en una conducta sexual con un tercero, sin que llegase a existir ningún tipo de contacto físico entre el autor y la víctima menor de edad, debería aplicarse el artículo 183 bis CP y, en ningún caso, podría resultar de aplicación el tipo básico de abusos sexuales del 183.1 CP, pues no ha existido en ningún momento una involucración personal y sexual por parte del autor del

---

<sup>50</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, 2015, p. 519.

delito en los hechos<sup>51</sup>.

El TS en su reciente Jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, ya que en numerosas ocasiones surgen problemas a la hora de determinar si nos encontramos ante un delito sexual del art. 183.1 CP o si, por el contrario, nos encontramos ante la conducta típica recogida en el artículo 183 bis CP. El Alto Tribunal sostiene que podrá afirmarse que nos encontramos ante la conducta típica del art. 183.1 CP, en el mismo momento en que la conducta o el comportamiento de índole sexual realizado por el autor implique el contacto físico o corporal con el menor<sup>52</sup>, siendo el ataque a la libertad e indemnidad sexual del menor lo verdaderamente relevante en estos supuestos, ya que se realiza un acto sexual en contra de la voluntad del menor y con ausencia de consentimiento<sup>53</sup>.

Tal y como hemos podido observar, la cuestión de la existencia de contacto corporal en los delitos de abusos sexuales a menores de edad es controvertida, pues dicha incógnita no ha sido abordada o descrita en el tipo penal de abusos sexuales a menores del art. 183.1 del CP, lo que conlleva que surjan problemas a la hora de determinar si, para que exista un verdadero atentado contra la indemnidad sexual del menor se exige necesariamente algún tipo de contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo del delito. Una parte de la doctrina considera el contacto corporal como un elemento necesario en el delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años, en este sentido OCTAVIO DE TOLEDO sostiene que es preciso que exista contacto corporal entre los sujetos, excluyendo de dicha afirmación aquellos comportamientos sexuales realizados por el sujeto pasivo sobre sí mismo y sobre un tercero (o viceversa)<sup>54</sup>. Por otro lado, según la opinión de GÓMEZ TOMILLO considera que la acción típica se constituye como todo contacto físico llevado a cabo sobre zonas del cuerpo ajeno que sean sexualmente significativas, de forma que cualquier ataque contra la indemnidad sexual del menor determinará la tipicidad de la conducta independientemente de si ha existido o no contacto físico entre ambos sujetos<sup>55</sup>. En sentido contrario, el sector doctrinal opuesto, concretamente TAMARIT SUMALIA defiende la idea de que no es necesario un contacto corporal entre el autor y la víctima en los delitos de abusos sexuales a menores de edad, sino que lo que verdaderamente importa es la actuación conjunta del sujeto activo y el

---

<sup>51</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, 2015, pp. 520 y 521.

<sup>52</sup> Véase STS núm. 468/2017, de 22 de junio (RJ 2017/3674).

<sup>53</sup> Véase STS núm. 377/2018, de 23 de julio de 2018 (RJ 2018/3750).

<sup>54</sup> Véase TOLEDO Y UBIETO, LL, 4, 1997, p. 1144.

<sup>55</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, RECPC, 07-04, 2005, p. 9 y ss.



menor<sup>56</sup>.

### **5.1.1. Toma de posición**

La conducta típica descrita en el tipo básico de abusos sexuales a menores de dieciséis años se corresponde con todos aquellos actos de naturaleza sexual realizados conjuntamente entre el sujeto activo y el menor de edad, que supongan un atentado contra la indemnidad sexual de éste último, sujeto que no cuenta con la capacidad suficiente para autodeterminarse libremente en el ámbito sexual. No obstante, la exigencia de contacto corporal debería ser matizada por el legislador pues evitaría así problemas en cuanto a su interpretación. Tomando posición al respecto, y compartiendo la opinión de una parte de la doctrina y la jurisprudencia, consideramos que estaremos ante la conducta típica del delito de abusos sexuales a menores de edad (art. 183.1 CP), en aquellos supuestos en los que el autor del delito determine al menor de edad a participar en actos sexuales sobre el propio autor, sobre sí mismo o sobre terceros, pues cada una de estas conductas supone un atentado directo contra la indemnidad sexual independientemente de si ha existido dicho contacto físico o corporal entre el menor y el sujeto activo del delito. Es por ello que deberá considerarse como realizada la conducta típica del artículo 183.1 CP siempre que se lleve a cabo una realización conjunta de los hechos, esto es, tanto en los supuestos en los que exista contacto físico o corporal entre ambos sujetos intervinientes, como en aquellos casos en los que el sujeto activo incite al menor a tener contacto sexual con terceros o incluso le determine para realizar dichos actos sobre sí mismo.

## **5.2. El tipo subjetivo. El dolo**

Tal y como ha quedado manifestado anteriormente, para poder afirmar que nos encontramos ante un delito de abuso sexual cometido contra un sujeto menor de edad, es necesaria la realización conjunta de las conductas sexuales entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, llevadas a cabo en contra de la voluntad de éste último, ya que se le considera un sujeto incapaz de autodeterminarse por sí mismo y de forma libre en el ámbito de la sexualidad.

---

<sup>56</sup> En este sentido, véase TAMARIT SUMALIA, La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual, 2000, página 72; ORTS BERENGUER/SUÁREZ MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 123.

Partiendo de una perspectiva subjetiva, debemos tener en cuenta que el delito de abusos sexuales a menores de edad se corresponde con un delito doloso, pudiendo presentarse como imprudente en limitadas ocasiones en caso de que el sujeto activo del delito desconociese la edad del sujeto pasivo, lo que daría lugar a un error de tipo invencible. Conforme a lo dispuesto por la doctrina dominante, el dolo se compone de dos elementos: el cognoscitivo y el volitivo. En lo que se refiere al elemento cognoscitivo, el dolo requiere el conocimiento de los elementos positivos y negativos del tipo global de injusto, lo que significa que el autor del delito debe conocer los elementos objetivos del tipo positivo o indiciario, así como tener constancia de la no concurrencia de causas de atipicidad o de justificación. En cuanto al elemento volitivo, el dolo requiere la existencia de voluntad por parte del autor, voluntad que no debe ser entendida como una voluntad genérica de acción, sino más bien como la predisposición del sujeto activo para realizar la conducta típica concreta, persiguiendo éste último la realización de todos los elementos objetivos del tipo de los que ya ha tenido un previo conocimiento<sup>57</sup>. En síntesis, en lo que respecta al delito objeto de estudio en el presente trabajo, el dolo está compuesto, de un lado, por el conocimiento por parte del sujeto activo de que la conducta que está realizando supone un atentado contra la indemnidad sexual del menor de edad y, de otra parte, por la exigencia de la voluntad del sujeto activo para la realización de la conducta típica<sup>58</sup>.

### **5.2.1. Problemática en torno a la exigencia de un posible elemento subjetivo de lo injusto “El ánimo lúbrico o libidinoso”**

Siguiendo con el análisis del tipo subjetivo en los delitos de abusos sexuales a menores de dieciséis años, tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestra conforme en cuanto a la concurrencia del dolo en los delitos de índole sexual; sin embargo, se muestran discordantes a la hora de determinar la concurrencia de algún otro *especial elemento subjetivo de lo injusto*. Durante un periodo largo de tiempo, tanto la doctrina como la jurisprudencia dominantes se mostraban favorables a la existencia del “ánimo lúbrico o libidinoso”, entendido éste como un elemento necesario en los delitos de

---

<sup>57</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP PG, 2016, pp. 230 y 231.

<sup>58</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 125 y 126. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 25 de enero de 1994, en virtud de la cual se dispone que: «El dolo requiere asimismo que el sujeto activo comprenda el alcance social del hecho, siendo consciente del significado sexual de su conducta».

agresiones y abusos sexuales<sup>59</sup>. En este sentido, el TS en su Auto n° 2693/2001, de fecha 14 de diciembre de 2001, se mostró favorable a la concurrencia de dicho ánimo libidinoso, estableciendo que: *«Se requiere tanto un requisito objetivo de la acción proyectada por el cuerpo de la persona ajena, como el elemento subjetivo o intencional, representado por la finalidad lúbrica o deshonesto, hasta el punto de que se ha afirmado que se trata de un delito de tendencia, en el cual el elemento subjetivo que tiñe de antijuridicidad la conducta, está constituido por el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual»*<sup>60</sup>.

A pesar de que la jurisprudencia y una parte de la doctrina ha defendido en numerosas ocasiones la exigencia de dicho ánimo libidinoso, de un tiempo a esta parte, la gran mayoría de autores, así como la reciente jurisprudencia, se muestran favorables a opinar que no es necesaria la concurrencia de dicho elemento subjetivo del injusto. En esta línea argumental, CARMONA SALGADO considera que *«El delito que nos ocupa es de tendencia, y concretamente de tendencia sexual, en el que puede apreciarse la influencia del elemento subjetivo mejor que en otra clase de infracciones, pero no hasta el extremo de catalogar el ánimo lúbrico del sujeto como elemento subjetivo del injusto (...) puesto que, resultará perfectamente aplicable aunque aquel ánimo no estuviera presente, e incluso cuando el agente hubiere actuado por móviles totalmente distintos, ya que lo determinante a estos efectos ha de ser siempre la constatación desde la vertiente objetiva de la verdadera lesión causada a la libertad o intangibilidad sexual de la víctima, como consecuencia de la realización de un acto realmente impúdico»*<sup>61</sup>.

En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ se posiciona a favor de la opinión doctrinal que tiende a no considerar el ánimo libidinoso como un elemento subjetivo del tipo de injusto, pues afirma que los tipos de abuso y agresión sexual a menores de edad no precisan la concurrencia de dicho elemento, puesto que el dolo es el único elemento subjetivo necesario en la realización de la conducta típica para poder considerar que nos encontramos ante un delito de naturaleza sexual. A mayor abundamiento, sostiene que, la exigencia del ánimo lúbrico o libidinoso como elemento subjetivo del tipo, implicaría dejar al margen determinadas conductas que deberían ser consideradas igualmente como

---

<sup>59</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 127 y 128.

<sup>60</sup> Véase Auto TS n° 2693/2001, de 14 de diciembre de 2001, Sala Segunda, de lo Penal (FJ 3°). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS de 14 de mayo de 2009; STS de 9 de febrero de 2004; STS de 29 de mayo de 2003.

<sup>61</sup> Cfr. CARMONA SALGADO, Los delitos de abusos deshonestos, 1981, p. 169.

atentados contra la indemnidad sexual del menor, pues en ocasiones, el autor del delito podría no solo actuar con ánimo lascivo o lúbrico, sino que también podría realizar la conducta sexual con fines de venganza, despecho, burla y curiosidad<sup>62</sup>.

En esta misma línea argumental se manifiesta la reciente jurisprudencia del TS:

- La STS nº 897/2014, de 15 de diciembre (FJ 3º), prescinde de la exigencia del supuesto elemento subjetivo típico de ánimo lúbrico, lascivo o libidinoso, estableciendo que dicho elemento no viene recogido en ninguno de los delitos de índole sexual tipificados en el Código Penal. En palabras del Alto Tribunal: *«La tipicidad del delito de agresión o abuso sexual no exige un elemento subjetivo distinto del dolo de atentar (...) no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal»*. Asimismo, manifiesta que, *«El tipo subjetivo de los delitos de agresión y abuso sexual lo que exige es el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que voluntariamente se ejecuta, y la conciencia de afectación del bien jurídico. Generalmente –se añade en la STS 411/2014– concurrirá también un ánimo tendencial consistente en el propósito de obtener una satisfacción sexual, pero este ánimo no viene exigido por el tipo, y por ello no puede exigirse su acreditación en el ámbito de la presunción de inocencia, pues se puede atentar al bien jurídico protegido, aun cuando no concurra. Por ejemplo, quien penetra violentamente a una mujer por odio, venganza, racismo o represalia por una conducta realizada por sus familiares o allegados, en un conflicto bélico o similar, comete un delito de violación, o agresión sexual, aun cuando en su ánimo no exista propósito alguno de obtener una satisfacción sexual, sino puro odio y deseo de causar daño»*.
- La STS nº 389/2015, de 23 de junio (FJ 2º), se manifiesta nuevamente acerca del carácter ínsito del dolo y la innecesariedad de acreditar el ánimo lascivo siendo que el sentido inequívoco del acto ya evidencia tal ánimo. Para fundamentar su decisión invoca una serie de Sentencias que disponen lo

---

<sup>62</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 131 y 132. En este sentido, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 62.

siguiente «S.T.S. 132/2013: "... el elemento subjetivo del abuso sexual se rellena con el dolo de atentar contra la libertad sexual, sin necesidad de que se concrete un ánimo lúbrico o libidinoso..." Bastaría que el sujeto conociera la transcendencia de su acción, esto es, el significado sexual de su conducta. S.T.S. 737/2014: El tipo subjetivo de abuso sexual exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. "Generalmente el ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, no obstante, el propósito del autor sea diferente al antes referido"».

- Finalmente, la STS nº 424/2017, de 13 de junio dispone que: «La tipicidad subjetiva no requiere una finalidad libidinoso, lo que exige es la descripción de la naturaleza sexual del acto que se realiza voluntariamente y, junto a ello, la concurrencia de la afectación del bien jurídico, la libertad y la indemnidad sexual. Ciertamente, es normal que las sentencias para dar un mayor énfasis a la conducta expresen la finalidad libidinoso, pero no es una exigencia típica, de manera que puede atentarse a la libertad e indemnidad sexual, como en el caso de esta casación, sin que concurra el ánimo que se menciona en el hecho, de la misma manera que puede agredirse a la libertad sexual por una finalidad de odio, racismo, xenofobia, etc. (STS 411/2014, de 26 de mayo; STS 897/2014, de 15 de diciembre)».

#### **5.2.1. a) Toma de posición**

En síntesis, tras haber podido analizar de forma exhaustiva las distintas posiciones u opiniones existentes acerca de la exigencia del ánimo lúbrico o libidinoso como especial elemento subjetivo del tipo de injusto, consideramos que, en lo que respecta a los delitos de índole sexual, concretamente a los delitos de abusos sexuales a menores de edad, el tipo subjetivo viene constituido única y exclusivamente por el dolo, entendido este último como el conocimiento por parte del autor de los elementos del tipo y la edad del sujeto, así como la voluntad de querer realizar el atentado contra la indemnidad sexual del sujeto

menor de edad, involucrándole en un acto de carácter sexual, en contra de su voluntad o con su voluntad viciada. Todo ello, con independencia del ánimo o fin por el cual el sujeto activo comete el delito, pues se trata de una cuestión independiente y no determinante para decidir si se ha cometido o no el delito, pues dicho ánimo únicamente podrá ser de utilidad para el Tribunal juzgador, ya que le permite especificar y desarrollar de forma exhaustiva la conducta llevada a cabo por el autor del delito<sup>63</sup>.

### **5.2.2. Tratamiento de los casos de error de tipo y error de prohibición**

Tal y como hemos podido observar, el tipo penal de abusos sexuales a menores de edad exige que la acción típica sea llevada a cabo mediante dolo, esto es, teniendo conocimiento el autor de que está atentando contra la indemnidad sexual del menor, así como teniendo una verdadera voluntad de querer llevar a cabo el acto sexual e involucrar a la víctima en dicho acto en contra de su voluntad. No obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que el sujeto activo del delito lleve a cabo la conducta típica mediando error, situación que será considerada como una causa de exclusión del dolo (error de tipo), o como un presupuesto excluyente de la culpabilidad (error de prohibición)<sup>64</sup>.

*Grosso modo*, el error puede ser definido como «La falsa representación o la suposición equivocada de la realidad, o simplemente la ignorancia». En este sentido, «La teoría del error en Derecho Penal se ocupa del error cuando éste se refiere o recae sobre algún elemento configurador de la definición legal del comportamiento delictivo o sobre la prohibición jurídico penal misma»<sup>65</sup>. En el ámbito del Derecho Penal, puede distinguirse entre el error de prohibición y el error de tipo. El primero de ellos, se produce en el momento en que el sujeto activo del delito conoce todos los elementos fundadores o presupuesto de la prohibición, sin embargo, por un error inconsecuente con dicho conocimiento, entendido este como no razonable para el hombre

---

<sup>63</sup> En este sentido, Monge Fernández se pronuncia acerca de dicha cuestión, manteniendo que, el tipo subjetivo de los delitos de abuso y agresión sexual a menores de trece años, viene constituido por el dolo de realización de la agresión o el abuso, siendo decisivos el conocimiento de los elementos del tipo y la edad del menor, así como la voluntad de involucrar a una persona en un contexto sexual en contra de su voluntad, con independencia de cuál sea el ánimo, la tendencia o la finalidad específica perseguidas por el autor (STS de 27 de abril de 2001). (Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los delitos de abusos y agresiones a menores de trece años, 2011, p.132).

<sup>64</sup> Véase GÓMEZ RODRÍGUEZ, en Gómez Rodríguez Abogados, Error sobre la edad en los abusos sexuales a menores, 2019. En: <https://gomezrodriguezabogados.es/error-sobre-la-edad-en-los-abusos-sexuales-a-menores/> (31-1-2021).

<sup>65</sup> Véase MUÑOZ CONDE, El error en Derecho Penal, 1989, p. 15.

medio ideal desde la perspectiva del Derecho, desconoce la valoración negativa, así como la prohibición jurídica de la conducta<sup>66</sup>. El error de tipo se da cuando dicho error recae sobre cualquier elemento del tipo, esto es, el autor del delito desconoce la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta y, por tanto, ignora alguno de los elementos que integran el tipo penal<sup>67</sup>.

En lo que respecta a los delitos de abusos sexuales a menores de edad, pueden darse determinados supuestos en los que el sujeto activo del delito pueda quedar amparado en la concurrencia de error de tipo o error de prohibición. En este caso, los supuestos más habituales de error recaen sobre el consentimiento prestado por parte del menor, la edad del mismo, así como sobre el desconocimiento de los elementos del tipo o conocimiento erróneo de los mismos. A continuación, van a ser expuestos determinados casos en los que podría considerarse que el autor del delito ha llevado a cabo la realización de la conducta típica mediando error de tipo o de prohibición.

#### **5.2.2.a) Primer supuesto: Error sobre la edad del sujeto pasivo**

En primer lugar, podría ocurrir que el sujeto activo del delito, persona que ya ha alcanzado la edad adulta, mantuviere relaciones sexuales plenas con un menor de dieciséis años, creyendo el autor del delito que, por su aspecto físico, la víctima tenía diecisiete años (error en la edad), sobrepasando el límite máximo de dieciséis años de edad que exige el tipo básico de abusos sexuales a menores. En este caso, teniendo en cuenta que la edad del sujeto pasivo del delito es uno de los elementos que integra el tipo penal básico de abusos sexuales a menores de edad, no cabe duda de que nos encontramos ante un error de tipo, pues concurre en el acto sexual una creencia errónea de la edad del sujeto<sup>68</sup>. En este sentido se pronuncia la Jurisprudencia del TS (SSTS núm. 737/2007, de 13 de septiembre; núm. 721/2005, de 19 de mayo), en virtud de las cuales el Alto Tribunal afirma que: *«El error sobre la edad de la víctima en los delitos de abusos sexuales no debe ser etiquetado, en principio, como un error de prohibición (art. 14.3 CP), sino como un error de tipo (art. 14.1 CP)»*. Tal y como defiende la doctrina mayoritaria, el error de

---

<sup>66</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, 2016, p. 261.

<sup>67</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, 2016, p. 249.

<sup>68</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 135.

tipo excluye el dolo<sup>69</sup>, no obstante, dicho error de tipo puede ser a su vez considerado como vencible o invencible. Si fuere invencible, se considera que dicho error era inevitable con independencia de la diligencia que hubiere aplicado el autor del delito, por lo tanto, la conducta quedará impune. Si, por el contrario, fuese considerado vencible, por entender que el autor del delito no actuó con la diligencia esperada para evitar incurrir en responsabilidad penal, el dolo quedaría excluido, pudiendo ser considerada dicha conducta como imprudente (art. 14.1 CP). Sin embargo, hay autores que consideran que teniendo en cuenta que nuestro texto punitivo atiende a un *numerus clausus* de delitos imprudentes (art. 12 CP), y al no existir un tipo penal específico que regule los supuestos de abusos sexuales y agresiones sexuales imprudentes, todas aquellas ocasiones en las que quede acreditado que el sujeto actuaba bajo un error de tipo vencible la conducta quedará impune<sup>70</sup>. No obstante, para considerar la concurrencia del error, el Alto Tribunal ha venido manteniendo la exigencia de que dicho error deberá quedar demostrado de forma clara e indubitada, pues se debe tener en cuenta, entre otras cosas, las condiciones psíquicas y psicológicas del sujeto activo (conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos y sociales), lo que permitirá dilucidar si verdaderamente recaía o no dicha creencia errónea sobre el sujeto infractor<sup>71</sup>.

### **5.2.2. b) Segundo supuesto: Error de prohibición directo**

Por otro lado puede ocurrir que un sujeto habiendo alcanzado ya la edad adulta, mantenga relaciones sexuales completas con su pareja, a pesar de tener el conocimiento cierto de que dicha pareja sentimental es menor de dieciséis años. No obstante, a pesar de ello, no tenía ningún tipo de constancia o conocimiento de que la conducta que se encuentra realizando de forma continuada constituye un hecho delictivo. En este caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que nos encontramos ante un error de prohibición, pues el sujeto activo es totalmente consciente de la edad del sujeto pasivo, sin embargo, desconoce plenamente que la acción llevada a cabo constituye una conducta

---

<sup>69</sup> Véase CEREZO MIR, Curso DP PG, t. III, 2001, p. 133.

<sup>70</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 135 y 136. En su opinión, con el fin de evitar que la conducta típica realizada quede impune, en aquellos supuestos en los que se acredite que el autor podría haber previsto la posibilidad de que el sujeto pasivo fuese menor de edad no debería afirmarse que estamos ante un supuesto de error de tipo sobre la edad del sujeto pasivo, sino más bien debería ser tratado este supuesto desde la perspectiva del dolo eventual (STS 5 de febrero de 2001).

<sup>71</sup> Véase STS de 5 de febrero de 2001 y STS de 14 de julio de 2004.



tipificada en el Código penal<sup>72</sup>. La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre error de prohibición directo, entendido este como aquel que recae «*sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva*»<sup>73</sup>, es decir, dicho error recae sobre la propia norma, y error de prohibición indirecto, el cual recae sobre la esencia, límites o presupuestos de las causas de justificación<sup>74</sup>. En el ejemplo descrito al inicio, puede afirmarse que estamos ante un supuesto de error de prohibición directo, en tanto en cuanto, el autor desconocía y no tenía ningún tipo de constancia acerca de que la conducta llevada a cabo por el mismo se encuentra tipificada en nuestro Ordenamiento Penal como un delito de abusos sexuales a menores de dieciséis años.

Del mismo modo, el error de prohibición podrá ser calificado a su vez como vencible o invencible, atendiendo a la evitabilidad o inevitabilidad del mismo<sup>75</sup>. El error de prohibición será calificado como vencible en aquellos casos en los que el sujeto que realiza la conducta típica tenía posibilidades de superarlo, es decir, existían determinados medios a disposición del autor que le permitían haber conocido la antijuridicidad de la conducta y, por el contrario, será invencible cuando se considere que el autor no tenía ninguna posibilidad de superar dicho error<sup>76</sup>. En este sentido, LUZÓN PEÑA hace referencia al error objetivamente vencible o evitable y error objetivamente invencible o inevitable, sosteniendo que, para saber si estamos ante un supuesto de error, habrá que atender a las posibilidades del hombre medio ideal según la correspondiente posición jurídica, situándonos en la situación del autor y los conocimientos de éste, con el fin de poder averiguar si el hombre medio ideal, empleando la diligencia objetivamente debida, podría haber evitado dicha situación o si, por el contrario, a pesar de ello, era una situación inevitable incluso para el hombre medio ideal<sup>77</sup>.

En el supuesto citado *supra*, nos encontramos ante un error de prohibición vencible, puesto que el sujeto activo del delito pudo acudir a las fuentes de información

---

<sup>72</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 137.

<sup>73</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 137 y 138. En este sentido, ZAFFARONI, DP PG, 2002, p. 734.

<sup>74</sup> Véase, MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 137. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 2 de abril de 2009 (FJ Único).

<sup>75</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 138 y 139.

<sup>76</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 138 y 139.

<sup>77</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, 2016, p. 250 y 251.

accesibles para remediar su desconocimiento. En este sentido se pronuncia la STS de 2 de abril de 2009, la cual versa sobre un sujeto de 24 años de nacionalidad ecuatoriana que mantuvo relaciones sexuales plenas y continuadas con una menor de 13 años, teniendo conocimiento el autor de la edad de la menor. Sin embargo, éste alega el desconocimiento de la legislación española, así como de la existencia del tipo penal de abusos sexuales a menores de edad. Finalmente, el Alto Tribunal se pronuncia acerca de la vencibilidad o invencibilidad de dicho error sosteniendo que: *«Desde la perspectiva expuesta, y supuesto que la invencibilidad del error radica en la imposibilidad de haber podido evitar el desconocimiento de la ilicitud del hecho, no procede atender la pretensión revisora planteada por la defensa del acusado, pues, además, de que la norma se corresponde con planteamientos naturales o elementales, también es coincidente con el ordenamiento del país originario, incluso con una previsión de edad superior a la prevista en el ordenamiento español para la disponibilidad de las relaciones sexuales. En el caso de autos, constatamos, además, que el recurrente lleva varios años en España, por lo tanto, con posibilidad de asumir planteamientos culturales que, por otra parte, no le son ajenos. El examen de la causa pone de manifiesto otros datos que redundan en lo anterior y que no permiten afirmar el desconocimiento de la ilicitud»*. Asimismo, sostiene que: *«En todo caso, el acusado pudo deshacer el desconocimiento que alega acudiendo a fuentes de información fácilmente accesibles, lo que ni siquiera intentó, y en autos no hay constancia alguna de una situación de marginación social, o de socialización del acusado, que le haga no entender el alcance y significación antijurídica de la norma»*.

A pesar de lo anterior, en ocasiones el Alto Tribunal ha estimado la concurrencia de error de prohibición invencible. A modo ilustrativo, en la STS 782/2016, de 19 de octubre se confirma la existencia de error de prohibición invencible en la conducta del acusado, sujeto de 29 años que mantuvo relaciones sexuales plenas y consentidas con una menor de 14 años durante el año 2015. En este caso, la Sala Segunda del TS concluye con que nos encontramos ante un supuesto que se convierte en una conducta delictiva a partir de la reforma del CP efectuada en 2015, *«De este modo, una decisión de política criminal -cuya legitimidad formal no es objetable- condena a la clandestinidad una relación afectiva que, más allá de la excepcionalidad con la que pueda contemplarse la diferencia de edad de sus protagonistas, ha nacido en un entorno social de tolerancia y, como tal, indiferente al derecho penal. Desde esta perspectiva, estimar que el error de prohibición que los Jueces de instancia reconocen como probado sólo tiene carácter vencible, supone aceptar que todo aquel que mantiene una relación sentimental*

*fronteriza con los límites en los que el derecho penal sitúa la capacidad de autodeterminación sexual, está obligado a una consulta periódica de los boletines oficiales en los que se publican las reformas legislativas, con el fin de descartar que un cambio de política criminal lo haya convertido en delincuente sexual. Se trata de una conducta no exigible que, por tanto, desborda los límites del error vencible de prohibición y genera, por su carácter invencible, la plena exclusión de la culpabilidad».*

### **5.2.2. c) Tercer supuesto: Error de prohibición indirecto**

Por último, puede darse el supuesto de que un sujeto que ya ha alcanzado la edad adulta mantenga relaciones sexuales plenas con un menor de edad, conociendo el sujeto adulto la edad de la menor, así como teniendo éste constancia de que se encontraba realizando una conducta tipificada por el Ordenamiento Penal. Sin embargo, sigue actuando y manteniendo relaciones sexuales con la menor bajo la creencia errónea de que el consentimiento de la misma quedaría constituido como un elemento que justificaría la conducta típica realizada. Atendiendo a los hechos relatados nos encontramos ante un error de prohibición indirecto, quedando este configurado como la falsa creencia o convicción de que opera en el supuesto concreto una causa de justificación, conociendo el autor la desvalorización que el Derecho atribuye a la conducta y, no obstante cree erróneamente que se halla desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación<sup>78</sup>. En definitiva, desde el punto de vista de la teoría estricta de la culpabilidad, *«Se trata de un error de prohibición no excluyente del dolo, no solo la invención por parte del sujeto activo del delito de una causa de justificación inexistente en nuestro Ordenamiento Penal, sino también la creencia errónea de que concurren los elementos o presupuestos de una causa de justificación»*<sup>79</sup>.

Por consiguiente, atendiendo al supuesto relatado al comienzo de este epígrafe no cabe duda de que nos encontramos ante un error directo de prohibición no excluyente del dolo, el cual puede ser considerado a su vez como vencible o invencible. Con todo ello, si atendiendo a las circunstancias del caso concreto se determinase su vencibilidad, se atenuará la culpabilidad del autor, por el contrario, si se determina que el error es subjetivamente invencible, esto es, si atendiendo a las circunstancias intelectuales y

---

<sup>78</sup> Véase COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, DP PG, 1996, p. 672.

<sup>79</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, 2016, pp. 267 y 268.

personales del sujeto activo no podía hacer nada para enmendar el error, su culpabilidad quedará excluida<sup>80</sup>.

### 5.2.2. d) Toma de posición

En cuanto a los supuestos planteados en los anteriores apartados, estamos de acuerdo en la postura mantenida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia reciente. No obstante, a modo de conclusión puede decirse que en el momento en que el Tribunal sentenciador se dispone a decidir acerca de la concurrencia de los casos de error de tipo o error de prohibición, mantiene la exigencia de que dicho error debe quedar demostrado de forma evidente, valorando todas las circunstancias del supuesto concreto y del sujeto activo del delito, así como la capacidad intelectual del mismo. Por consiguiente, bien no existen apenas dudas acerca de si nos encontramos ante un error de tipo o error de prohibición, pues las definiciones de ambos son claras, lo cierto es que surgen ciertos problemas a la hora de determinar la vencibilidad o invencibilidad. En este sentido, y de conformidad con ello, se ha pronunciado el Alto Tribunal en numerosas sentencias sosteniendo que: *«El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse. (...) Las condiciones psicológicas y las circunstancias culturales del infractor son fundamentales a la hora de determinar la creencia íntima de la persona, a la vista de sus conocimientos técnicos, profesionales, jurídicos, sociales<sup>81</sup>»*.

## 5.3. *Iter criminis*

El *Iter criminis* o grado de desarrollo de los delitos se compone de dos fases: interna y externa. La primera de ellas comprende todos los actos internos llevados a cabo por el sujeto activo del delito, se trata de una fase en la que el autor del delito adquiere la idea de delinquir y decide llevar a cabo la planificación y el modo de ejecución del delito. Dichos actos internos gozan de total impunidad, pues el pensamiento interno de delinquir no es punible, y no podría quedar justificada su represión de ninguna manera. La fase externa se compone a su vez por dos tipos de actos: actos preparatorios y actos ejecutivos. Los primeros son todos aquellos actos realizados por el sujeto activo del delito, a través

---

<sup>80</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones DP PG, p. 269.

<sup>81</sup> Véase STS de 5 de febrero de 2001, así como STS de 14 de julio de 2004.

de los cuales se materializa la voluntad de realizar la conducta típica. Tales actos son: la conspiración, la proposición, la provocación y la apología (arts. 17 y 18 CP), y únicamente serán punibles cuando así quede dispuesto expresamente en el precepto que describe el delito, pudiendo quedar absorbidos por la pena establecida para el delito concreto cuando el mismo haya sido cometido en grado de tentativa o hubiere sido consumado. Los actos ejecutivos ya no se encuentran situados en la fase de preparación, sino más bien son todos aquellos actos que se constituyen como el conjunto de acciones que comprenden la ejecución inicial de la conducta criminal, y dentro de los cuales puede hacerse referencia a las denominadas “formas imperfectas de ejecución”, como la tentativa<sup>82</sup>.

En lo que respecta a abusos sexuales a menores de edad, el legislador penal, conforme al principio de impunidad de los actos preparatorios, no contempla un precepto concreto para la punición de dichos actos, por lo cual, puede afirmarse que, en el ámbito de los abusos sexuales, cualquier acto preparatorio ya sea conspiración, proposición, provocación o apología, quedará impune. En este sentido, tal y como ha quedado manifestado anteriormente, los abusos sexuales a menores de edad son calificados como delitos de mera actividad<sup>83</sup>, sin la exigencia de un resultado determinado para que se entienda consumado el delito, razón por la cual la doctrina se encuentra dividida acerca de la admisión o no de las formas imperfectas de ejecución en los delitos de naturaleza sexual.

El artículo 16 del CP establece que: *«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor»*. La doctrina mayoritaria entiende que los delitos sexuales se consuman cuando el autor ejecuta el atentado sexual sobre la víctima<sup>84</sup>. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han afirmado que se admite la tentativa en su modalidad inacabada en aquellos supuestos en los que no haya existido

---

<sup>82</sup> En este sentido, MIR PUIG, DP PG, 2011, p. 343 y ss. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, 2011, página 143. En: <https://www.iberley.es/temas/iter-criminis-delitos-47871> (31-1-2021).

<sup>83</sup> Véase ORTOS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, pp. 74 y 75.

<sup>84</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, página 145.

ningún tipo de contacto corporal entre el autor y el sujeto pasivo del delito. Esto es, estaremos ante un delito de abusos sexuales en tentativa inacabada en aquellos casos en los que el autor haya iniciado los actos ejecutivos del delito, y, sin embargo, por circunstancias ajenas al mismo, no ha llegado a realizar el acto o tocamiento sexual al menor, sin haber podido llevar a cabo la consecución de la totalidad de los actos ejecutivos del delito y sin llegar a producirse el atentado directo contra la indemnidad sexual del menor. En este sentido se pronuncia la SAP 7660/2019, de 15 julio entre otras<sup>85</sup>, manifestando que estaremos ante un delito de abuso sexual en grado de tentativa: *«Siempre que se exteriorice por actos o conductas del agente aquel propósito libidinoso o finalidad de satisfacción sexual de su comportamiento, pero sin llegar a ejecutar el acto material del contacto corporal, por causa o accidente ajeno a su voluntad»*. Por esta razón, solo se podrá afirmar que el delito ha quedado consumado si finalmente se ejercita cualquier tipo de contacto corporal entre el sujeto activo y el menor de edad, produciendo dicho acto o tocamiento un atentado contra la indemnidad sexual del mismo, pues mientras que no se produzca, estaremos ante un delito de abuso sexual en tentativa en su modalidad de inacabada<sup>86</sup>. En relación con los abusos sexuales en grado de tentativa acabada, la doctrina mayoritaria entiende que, hablar de tentativa acabada en delitos que son de mera actividad supone hablar de consumación, ya que el sujeto activo debe haber realizado todos los actos ejecutivos para que finalmente se produzca el resultado final, esto es, el atentado contra la libertad o indemnidad sexual del sujeto pasivo<sup>87</sup>.

Finalmente, continuando con las formas imperfectas de ejecución, debemos hacer referencia a la figura del desistimiento voluntario prevista en el artículo 16.2 del CP, el cual sostiene que: *«Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito»*. En lo que respecta a los delitos de naturaleza sexual, concretamente los abusos sexuales a menores de edad, se encuentra admitida la modalidad del desistimiento voluntario, el cual encuentra su esencia en: *«La evitación voluntaria de la consumación del delito, esto es, la existencia de un actus contrarius del*

---

<sup>85</sup> Véase SSAP Madrid de 27-10-1987; de 3-10-1989; de 18-6-1990; de 23-12-1991 y de 8-6-1992.

<sup>86</sup> Véase ORTS BERENGUER, en: GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), DP PE, 2016, p. 208. Así como, LAMARCA PÉREZ (coord.), Delitos. La parte especial del Derecho Penal, 1996, p.172.

<sup>87</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 146.

*autor que comenzó la ejecución del delito que neutraliza la progresión del acontecer delictivo hacia la lesión del bien jurídico» (STS 970/2018, de 22 de marzo). Por todo lo anterior, en aquellos supuestos en los que quede probado el desistimiento voluntario del autor del delito, éste quedará exento de responsabilidad penal por la tentativa del delito de naturaleza sexual, sin embargo, no quedarán impunes aquellos actos ejecutados que fueren constitutivos de otro delito.*

#### **5.4. Autoría y participación.**

El art. 28 CP ofrece un concepto de autor conforme a los siguientes términos: *«Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También serán considerados autores a) los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo; b) los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado»*. A pesar del concepto amplio de autor que ofrece el mencionado precepto, es necesario distinguir entre los que son autores propiamente dichos (primera parte del precepto), los cuales se corresponden con el autor ejecutivo individual, el coautor y el autor mediato; y los que también se consideran autores por corresponderles las mismas penas pero en realidad no lo son (segunda parte del precepto), los cuales se corresponden con el inductor y el cooperador necesario<sup>88</sup>.

En lo que respecta a los delitos de abusos sexuales a menores de edad, tradicionalmente se han clasificado como delitos de propia mano, entendidos como aquellos en los que se requiere una relación directa y personal entre la acción física que realiza el autor del delito y la consecuencia desvalorada que dicha acción produce. Por esta razón, una parte de la doctrina entiende que tales delitos de índole sexual presentan limitaciones en el ámbito de la autoría, pues solo podrá ser considerado autor del delito de abuso sexual el que realice la conducta típica descrita en el precepto penal, entendiéndose como autor, todo aquel que se encuentra en situación de ejecutar directa y corporalmente la acción prohibida por el Ordenamiento. Concretamente GIMBERNAT afirma que: *«Si entendemos por delitos de propia mano aquellos en que la acción típica consiste en la realización de un acto corporal por el propio autor, esto implica que, en*

---

<sup>88</sup> MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, DP PG, 2010, pp. 432 y 433.

*ellos, por dicha razón, no son concebibles la autoría mediata, la coautoría, así como tampoco la comisión por omisión<sup>89</sup>».*

*Sensu contrario*, la doctrina mayoritaria actual niega la existencia de delitos de propia mano ya que considera que dicho razonamiento carece de fundamento, pues si se admitiese que hay delitos que requieren una relación directa entre la acción típica llevada a cabo físicamente por el autor y la consecuencia desvalorada que dicha acción produce, sería imposible hacer responder por dichos actos a aquellos que no actuasen de forma inmediata y menos aún a quien tan solo se limitara a omitir<sup>90</sup>. Es por ello que actualmente, en el ámbito de los abusos y agresiones sexuales a menores de edad, tanto la doctrina como la jurisprudencia ha venido aceptado las distintas modalidades de autoría, así como la inducción y la cooperación necesaria, que sin ser modalidades de autoría en sentido estricto, ven igualadas sus penas a las del autor individual del delito.

Por otro lado, la modalidad de abusos sexuales a menores de edad admite las distintas formas de participación, pudiendo ser partícipe todo aquel que intervenga en el hecho del autor, sin ejecutar la acción o conducta típica. Por esta razón, quedan admitidas tanto la cooperación necesaria (art. 28 CP), como la complicidad (art. 29 CP). Se denomina cooperador necesario a todo aquel que, sin ser autor del delito, participa en la ejecución del hecho delictivo con un acto esencial sin el cual no se hubiera podido realizar el hecho punible, por lo que será castigado con la misma pena que se le imponga al autor del delito<sup>91</sup>. En este sentido, la AP de Segovia en su Sentencia de fecha 12 de julio de 1999 (FJ 6 y 7) establece que: *«Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que es autor por cooperación el que participa en el delito mediante una actividad necesaria e indispensable para su comisión, en forma tal que sin ella la infracción no hubiera podido efectuarse (STS 28 de marzo de 1990)»*. No obstante, existen ciertas discrepancias y distintas teorías en cuanto al verdadero contenido de la cooperación necesaria, así pues, una parte de la doctrina entiende que habrá cooperación necesaria cuando el sujeto se

---

<sup>89</sup> Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, en JPD, 81, 2014, p. 56 y ss. En este sentido también, MONGE FERNÁNDEZ, RDCP, 13, 2009, p. 186.

<sup>90</sup> Véase GÓMEZ RIVERO, en RGDP, 6, 2006, p. 102.

<sup>91</sup> Véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, DP PG, 2010, pp. 442 y ss. En el mismo sentido, SUÁREZ-MIRA, en LAMEIRAS FERNÁNDEZ/ORTS BERENGUER, Delitos sexuales contra menores, 2014, pp. 76 y ss.

En: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtM0MztbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOCSoApRfoCTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtM0MztbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOCSoApRfoCTUAAAA=WKE) (2-2-2021).



encuentre llevando a cabo una conducta tan esencial sin la cual, no podría haberse cometido el delito (teoría de la *conditio sine qua non*), otros defienden que, el cooperador necesario deberá implicarse en el hecho con una aportación escasa, pero la cual era difícil de obtener sin su ayuda (teoría de los bienes escasos); finalmente otros afirman que existirá cooperación necesaria en aquellos supuestos en los que dicho cooperador, en el supuesto de que no participase en el hecho, podría impedir que se ejecutase el hecho delictivo por parte del autor (teoría del dominio del hecho)<sup>92</sup>. Respecto de esta cuestión, la jurisprudencia del TS ha venido manteniendo que lo que verdaderamente interesa para afirmar que estamos ante un supuesto de cooperación necesaria es la aportación o participación eficaz en el hecho delictivo de carácter relevante, sin la cual no podría el autor ejecutar el hecho delictivo en su totalidad<sup>93</sup>.

En lo que respecta a la complicidad, serán cómplices todos aquellos que, sin ser autores directos del hecho delictivo, cooperan en cierta medida en la ejecución del hecho con actos anteriores al mismo o simultáneos. Tal y como sostiene la jurisprudencia, podrá afirmarse que concurre la complicidad en aquellos casos en los que se lleven a cabo actos ya sean anteriores o simultáneos no necesarios para la ejecución, esto es, deberán llevarse a cabo actos o aportaciones relevantes para que el autor del delito pueda ejecutarlo, sin embargo, dichos actos no podrán ser caracterizados como aquellos necesarios para la ejecución, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría o de cooperación necesaria<sup>94</sup>.

## 5.5. Problemas concursales y delimitación

En lo que respecta a los concursos, el delito de abusos sexuales contra menores de edad puede entrar en concurso con otros delitos o conductas tipificadas en el Capítulo VIII del CP, así como con otros delitos de distinta naturaleza. A continuación, en lo que respecta al objeto del presente trabajo, se van a exponer una serie de supuestos en los que el delito de abusos sexuales podría ser aplicado en concurso con otros delitos de índole o naturaleza sexual.

---

<sup>92</sup> Véase MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, DP PG, 2010, p. 442 y ss.

En: [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtMwNLtLUouLM\\_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqALYbWOY1AAAWKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUtMwNLtLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqALYbWOY1AAAWKE) (2-2-2021).

<sup>93</sup> Véase en este sentido, SSTs 1430/2002, de 24 de julio; 1216/2002, de 28 de junio.

<sup>94</sup> Véase STS de 15 de marzo de 2007.

### ***5.5.1. Los abusos sexuales y las agresiones sexuales a menores de edad***

En primer lugar, puede ocurrir que, en un mismo hecho, el delito de abusos sexuales entre en conexión con el delito de agresiones sexuales. Ambas conductas delictivas suponen un atentado contra la indemnidad del menor de edad, sin embargo, en la agresión sexual se encuentra presente la violencia e intimidación de la víctima. Por ello, en un mismo hecho, el sujeto activo del delito puede llevar a cabo simultáneamente la conducta típica descrita en el delito de abusos sexuales, así como la comprendida en el precepto dedicado a las agresiones sexuales a menores de edad, no obstante, en virtud del principio de consunción, el delito de abuso sexual quedará absorbido por el de agresión sexual, en tanto en cuanto, este último tiene un mayor desvalor de la acción al existir una conducta similar a la descrita en los abusos sexuales, pero concurriendo, además, violencia e intimidación<sup>95</sup>.

Sobre esta cuestión, desde un punto de vista personal estamos conformes en cuanto a lo sostenido por la doctrina, puesto que, al afectar ambas conductas delictivas (el abuso sexual y la agresión sexual), a los mismos bienes jurídicos protegidos, esto es, la indemnidad sexual del menor, no sería correcto aplicar las reglas del concurso real o ideal de delitos, debiendo entonces primar el principio de consunción en virtud del cual, el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél, lo que significa que, en este caso, el abuso sexual quedará absorbido por el tipo penal de agresiones sexuales a menores de edad previsto en el art. 183.2 CP.

### ***5.5.2. Los abusos sexuales y el acoso sexual a menores de edad***

Por otra parte, el delito de abusos sexuales puede entrar en concurso con el delito de acoso sexual, tipificado en el art. 184.3 CP. El delito de acoso sexual es definido por nuestro texto punitivo como el conjunto de todas aquellas solicitudes de naturaleza sexual realizadas en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, realizadas de manera continuada o habitual, provocando en la víctima con dichas actitudes una situación objetiva y gravemente intimidatoria, de carácter hostil o humillante.

---

<sup>95</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, pp. 153 y 154. En el mismo sentido, ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 81.

Por consiguiente, estaremos ante un concurso de delitos en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito lleve a cabo, además de la conducta típica descrita en el tipo de acoso sexual, la realización de la conducta descrita en el tipo de abusos sexuales a menores del artículo 183.1 CP. Se ha pronunciado al respecto una parte mayoritaria de la doctrina penal entendiendo que, en estos casos opera el principio de consunción o absorción, en virtud de la cual el delito de menor gravedad o entidad queda absorbido o subsumido en el delito de mayor gravedad, por lo que, en el presente caso resultará de aplicación la pena destinada al delito de abusos sexuales por encontrarse este penado de forma más grave en comparación con la pena a imponer a los responsables del delito de acoso sexual<sup>96</sup>.

Ahora bien, a dicha opinión mayoritaria se oponen algunos autores que, posicionándose como doctrina minoritaria, consideran que el principio de consunción no debería operar en estos supuestos. En este sentido, puede destacarse lo sostenido por MONGE FERNÁNDEZ que afirma que el bien jurídico protegido en el delito de acoso sexual no coincide con el bien jurídico protegido en los abusos sexuales a menores de edad puesto que, en el delito de acoso sexual, el bien merecedor de protección se corresponde con la dignidad, la tranquilidad y la seguridad, a diferencia del delito de abusos sexuales, en los cuales es la indemnidad sexual del menor el bien jurídico protegido. Es por ello que, en este caso concreto, no debería primar el principio de consunción, siendo la solución más adecuada la de aplicar las reglas del concurso ideal entre el delito de acoso sexual y el abuso sexual, aplicando la pena prevista para la infracción más grave (el abuso sexual), en su mitad superior, sin que esta pueda exceder de la suma de las penas que correspondiesen a cada de delito en el supuesto de que fuesen penados por separado<sup>97</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, conforme a lo sostenido por la doctrina minoritaria, consideramos que no debe primar el principio de consunción en tales supuestos. En este sentido, al ser el bien jurídicamente protegido en el delito de abusos sexuales distinto al del acoso sexual, como opción más acertada deberían aplicarse las reglas del concurso ideal de delitos, salvo en aquellos casos en los que quede acreditado que el autor utilizó

---

<sup>96</sup> Véase ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 139.

<sup>97</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, pp. 155 y 156. En el mismo sentido, GÓMEZ RIVERO, AJA, 482, 2001, p. 1 y ss.

el acoso sexual como medio o fin para la comisión de los abusos sexuales, supuesto en el que deberán regir las reglas del concurso medial de delitos.

### ***5.5.3. Los abusos sexuales y los delitos de exhibicionismo y provocación sexual a menores de edad***

En numerosas ocasiones, el delito de abusos sexuales a menores de edad puede entrar en concurso con el delito de exhibicionismo y provocación sexual tipificado en el art.186 del CP. En el caso planteado, es posible que, mientras el sujeto activo abusa sexualmente del menor de edad, dicha conducta vaya acompañada de actos de exhibición obscena ante menores de edad, los cuales constituyen un delito de exhibicionismo y provocación sexual ante sujetos menores de edad. En la mayoría de casos, el delito de exhibicionismo quedaría absorbido por el delito de abusos sexuales a menores de edad en virtud del principio de consunción, sin embargo, la STS núm. 846/2017, de 21 de diciembre de 2017 (FJ 3ª), estima uno de los motivos de casación, afirmando que: *«el concurso de normas, así como el principio de consunción no operará en aquellos casos en los que el acto de abuso sexual tiene un contenido absolutamente diferenciado de la exhibición del acto ante otros menores no participantes en el abuso. Los actos de exhibicionismo obsceno se refieren a conductas que se ejecutan para que sean vistas o percibidas por otros menores no concernidos en el acto subsumido en el delito de abuso sexual»*, de tal manera que, el delito de exhibicionismo y provocación sexual no siempre quedará subsumido en el delito de abusos sexuales a menores de edad, debiendo aplicarse las reglas del concurso ideal en aquellos supuestos en los que el abuso sexual se encuentre totalmente diferenciado del exhibicionismo y la provocación sexual, siendo esta última conducta cometida ante menores de edad no participantes en el acto del abuso sexual.

A pesar de lo anterior, en otras muchas ocasiones, la Jurisprudencia ha optado por aplicar la regla del principio de consunción. A modo ilustrativo, debemos mencionar la STS núm. 449/2010, de 6 de mayo, supuesto en el cual, el sujeto activo del delito abusó sexualmente de su sobrina menor de edad, forzándola a realizar actos de carácter sexual sobre el mismo, en presencia de otras dos menores de edad, quienes también eran sus sobrinas. Así pues, en el fundamento jurídico único de la citada Sentencia, se establece lo siguiente: *«Y en relación a los delitos de abuso sexual y exhibicionismo, esta Sala, en Sentencia 697/2006, de 26 de junio, apreció el delito de exhibicionismo cuando se había acusado por delito de abuso sexual, como sucede en el supuesto que ahora examinamos,*

*(...) tratándose de dos figuras delictivas integradas en el mismo título del Código Penal, bajo la rúbrica de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, que en ambos casos se trata de conductas que afectan negativamente al mismo bien jurídico protegido, y cuando las víctimas son menores de edad, si a la exhibición ha seguido el contacto físico típico podría integrar el delito de abuso sexual y si dicho contacto no llega a producirse la conducta se subsumiría en el delito de exhibicionismo».*

Por este motivo, tal y como queda establecido por el Alto Tribunal, nos encontramos ante un supuesto en el que, el delito de abuso sexual cometido sobre un sujeto menor de edad, entra en concurso con el delito de exhibicionismo cometido ante otros dos menores de edad, supuesto en el cual, la Jurisprudencia entiende que debe regir el principio de consunción, operando de tal forma que, si la exhibición termina en contacto físico típico, el delito de exhibicionismo quedaría subsumido en el abuso sexual y, por el contrario, si dicho contacto físico no llegase a producirse, estaríamos ante un delito de exhibicionismo tipificado en el art. 185 CP.

Desde un punto de vista personal, consideramos como solución más adecuada la sostenida por gran parte de la doctrina, en virtud de la cual, al tratarse de una única acción de carácter sexual que produce la lesión de dos bienes jurídicos distintos, esto es, la indemnidad sexual del menor sobre el que se comete el abuso sexual y el derecho a la seguridad y dignidad de los observadores de conductas obscenas, deberían ser aplicadas las reglas del concurso ideal de delitos<sup>98</sup>, sin que deba primar el principio de consunción.

#### ***5.5.4. Los abusos sexuales y los delitos de prostitución y corrupción de menores***

Finalmente, en lo que respecta a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, ya la Exposición de Motivos de la LO 11/1999, de 30 de abril expresó la necesidad de aplicar las reglas del concurso real en aquellos supuestos en los que concurriesen con el delito de agresiones o abusos sexuales a menores de edad. En este sentido, es doctrina de la FGE (Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil) que, deberán

---

<sup>98</sup> Véase ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 139 y ss. En el mismo sentido, MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 156 y 157.

aplicarse las reglas del concurso real de delitos en aquellos casos en los que, concurriendo el delito tipificado en el artículo 189.1 CP, los actos sexuales llevados a cabo para la elaboración de dicho material pornográfico sean constitutivos a su vez de un delito de abuso sexual a menores de edad tipificado en el art. 183.1 CP. Tal y como establece la Fiscalía General del Estado, al ser los bienes jurídicos merecedores de protección de naturaleza distinta, en aquellos supuestos en los que, para la elaboración del material pornográfico, se lleven a cabo de forma simultánea actos sexuales que consistan en agresiones o abusos sexuales a menores de edad, deberán ser tratados conforme a las reglas del concurso real de delitos tanto el delito tipificado en el artículo 189.1 CP, como el delito de agresiones o abusos sexuales a menores de edad<sup>99</sup>.

A mayor abundamiento, la jurisprudencia del TS a través de numerosas sentencias<sup>100</sup>, ha manifestado su conformidad en cuanto a los argumentos establecidos por la Fiscalía, afirmando que, deberán aplicarse las reglas del concurso real de delitos en aquellos casos en los que, para la consecución de alguno de los delitos previstos en los artículos 187 y siguientes del CP, relativos a la prostitución y corrupción de menores, se lleve a cabo de forma simultánea un delito de abusos sexuales a menores de edad, tipificado en el artículo 183.1 CP. En este sentido, debemos precisar que en aquellos supuestos en los que las conductas típicas relativas a la prostitución y corrupción de menores se lleven a cabo mediando violencia o intimidación, nos encontraríamos ante un concurso real de delitos, debiendo aplicarse la pena individualizada en relación con el delito de prostitución y corrupción de menores junto con la impuesta para el delito de agresiones sexuales a menores de edad previsto en el art. 183.2 CP. Por el contrario, en el supuesto de que no mediase violencia o intimidación, pero si se hubiese perpetrado un atentado contra la indemnidad sexual del menor, la pena prevista para el delito de corrupción y prostitución de menores será aplicado en concurso real con la pena impuesta para el delito de abusos sexuales a un menor de edad previsto en el art. 183.1 CP<sup>101</sup>.

Desde un punto de vista personal, consideramos que es correcta la posición mantenida tanto por la Fiscalía como por la Jurisprudencia actual, en virtud de la cual deberán ser aplicadas las reglas del concurso real de delitos para aquellos supuestos en

---

<sup>99</sup> Véase Consulta FGE 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil (FIS-Q-2006-00003), p. 12.

<sup>100</sup> Véase SSTs de 22 de abril de 2010; de 22 de diciembre de 2017, entre otras.

<sup>101</sup> Véase STS 25 de noviembre de 2008.

los que el sujeto activo haya consumado el delito de abusos sexuales a menores de edad consecutivamente con el delito de prostitución y corrupción de menores, puesto que, de conformidad con lo sostenido igualmente por la doctrina mayoritaria<sup>102</sup>, no será posible la aplicación del principio de consunción de delitos, pues se constituyen como conductas típicas claramente diferenciadas, en virtud de las cuales el delito de abusos sexuales precisa la consecución de determinados actos específicos y aislados, mientras que el delito de prostitución y corrupción de menores requiere la realización de determinados actos, los cuales son de naturaleza distinta y son consumados en momentos diferentes repartidos en el tiempo.

## **5.6. El delito continuado de abusos sexuales a menores de edad**

El art. 74 del CP en su apartado primero establece que: *«(...) el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»*. El apartado tercero de dicho precepto establece que, quedará exceptuada de lo establecido en el precepto toda ofensa que vaya dirigida contra bienes eminentemente personales, salvo aquellas que consistan en un atentado contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten a un mismo sujeto pasivo, debiendo atenderse en este último caso, a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para determinar si resultan de ser aplicadas las reglas del delito continuado.

En este sentido vuelve a pronunciarse al respecto la Fiscalía General del Estado mediante la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, afirmando la posibilidad de que exista continuidad delictiva en los delitos de abusos sexuales a menores de edad, siempre y cuando se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, además de concurrir los requisitos establecidos en el artículo 74 CP. Por esta razón, quedará admitida la aplicación de las reglas del delito continuado en aquellos casos en los que *«(...) la conducta del sujeto activo del delito suponga un atentado contra la libertad e indemnidad*

---

<sup>102</sup> Véase ORTS BERENGUER/SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 84 y ss.

*sexual de la víctima, en tanto en cuanto, concurra una homogeneidad de actos que responden a un único plan del autor del delito, presidido por un dolo unitario que se proyecta igualmente en las acciones que inciden sobre un mismo sujeto pasivo en circunstancias semejantes»<sup>103</sup>.*

En el ámbito jurisprudencial, venía rechazándose la continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por entender que a pesar de cometerse varios atentados contra la libertad o indemnidad sexual de la víctima, se trata de delitos distintos. Sin embargo, en la actualidad el Alto Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones creando así una novedosa línea jurisprudencial que admite la continuidad delictiva en los abusos sexuales a menores de edad. Concretamente, las SSTS n° 1043/2005, de 20 de septiembre, n° 28/2006 de 18 de enero, n° 674/2018 de 19 de diciembre, y n° 803/2010 de 30 de noviembre, entre otras, establecen que podrá apreciarse continuidad delictiva en aquellos supuestos en los que se repitan los hechos en el tiempo con el mismo sujeto pasivo, concurriendo los requisitos del artículo 74 del CP, junto con el establecimiento de una relación sexual duradera en el tiempo que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, afectando en todo momento a un mismo sujeto pasivo.

En cuanto a los requisitos del art. 74 también se ha pronunciado la jurisprudencia del Alto Tribunal (STS 18 de junio de 2007), estableciendo que, para poder afirmar la continuidad delictiva, es necesaria la existencia de un plan preconcebido por parte del sujeto activo del delito, o aprovechamiento de idéntica ocasión, junto con la pluralidad de acciones u omisiones, así como la infracción del mismo precepto penal o precepto de naturaleza semejante, siendo además imprescindible constatar que los hechos delictivos de naturaleza sexual recaen de forma continuada en la misma persona del sujeto pasivo o víctima del delito<sup>104</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, desde nuestro punto de vista consideramos pertinente la apreciación de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales siempre y cuando quede acreditado que se cumplen en su totalidad

---

<sup>103</sup> Véase Consulta FGE 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil (FIS-Q-2006-00003), p. 10.

<sup>104</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 164 y 165.



los requisitos establecidos por el legislador y la jurisprudencia, de tal forma que, en lo que respecta al objeto del presente trabajo, únicamente estaremos ante un delito continuado de abusos sexuales a menores de edad, en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito haya perpetrado de forma reiterada distintos ataques contra la indemnidad sexual del menor, siendo imprescindible que todos ellos recaigan sobre un mismo sujeto pasivo, y con la exigencia añadida de que tales atentados se hayan realizado dentro de un mismo marco temporal y espacial, de tal forma que no podrá apreciarse la continuidad delictiva en aquellas ocasiones en las que, a pesar de recaer los distintos ataques sobre un mismo sujeto pasivo, no guardan conexión temporal entre ellos. A modo ilustrativo, es preciso destacar el supuesto planteado en la STS de 18 de junio de 2007, la cual versa sobre un sujeto que lleva a cabo diversos ataques sexuales contra la víctima menor de edad, obedeciendo todos ellos a un mismo propósito, siendo perpetrados manteniendo una unidad de lugar, de tiempo, y en idénticas circunstancias, lo que permite que finalmente el Alto Tribunal aprecie la continuidad delictiva.

## **6. TIPO CUALIFICADO DE ABUSOS SEXUALES A MENORES DE DIECISÉIS AÑOS**

Hasta este momento hemos venido analizando el tipo básico de abusos sexuales a menores de dieciséis años, previsto en el artículo 183.1 del CP. No obstante, el legislador tras haber efectuado numerosas reformas en nuestro texto punitivo en torno a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, quiso introducir dos modalidades agravadas o cualificadas de abusos y agresiones sexuales a menores de edad. En primer lugar, el artículo 183.3 CP, comprende cualquier ataque que consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, así como la introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; en segundo lugar, el artículo 183.4 enumera una serie de circunstancias que suponen la agravación de las penas destinadas para las conductas delictivas tipificadas en los tres primeros apartados del artículo 183 CP, las cuales van a ser analizadas detenidamente a continuación.

### **6.1. El tipo agravado de abusos sexuales del art. 183.3 CP**

A pesar de que en el presente trabajo no va a realizarse un análisis exhaustivo de dicho precepto, es necesario matizar una serie de cuestiones que surgen en torno al tipo agravado de abusos y agresiones sexuales establecido en el apartado tercero del artículo 183 del CP. El precepto establece que: *«Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2»*.

En términos generales, se trata de una agravación expresa de la pena a imponer a los responsables del abuso sexual o de agresión sexual a menores de edad, cuando dicho abuso o agresión sexual consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal a través de miembros corporales, o bien, en la introducción de objetos por vía vaginal o anal. De la literalidad del precepto puede desprenderse la distinción que el legislador hace para la imposición de las penas, refiriéndose en primer lugar a los supuestos comprendidos en tipo básico de abusos sexuales a menores de edad (art. 183.1 CP) y, en segundo lugar, a aquellos casos en los que se lleve a cabo una agresión sexual mediando violencia o intimidación (art. 183.2 CP), imponiéndose en este último caso penas de mayor entidad en comparación con las impuestas para los supuestos del apartado primero, dado que, en este último caso, el sujeto activo ejecuta el delito empleando violencia o intimidación, existiendo un mayor desvalor de la acción, por lo que las penas a imponer deberán ser de mayor entidad y gravedad.

#### **6.1.1. *El acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal***

En primer lugar, es necesario matizar qué debe entenderse por “acceso carnal”, ya que se trata de un concepto indeterminado de difícil valoración que ha sido interpretado de diversas formas por parte del legislador y la jurisprudencia a lo largo del tiempo. A partir de la reforma del Código Penal efectuada por la LO 11/1999, el legislador hace referencia al acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, entendiendo que dicho acceso carnal conlleva la introducción del órgano genital masculino en cualquiera de las cavidades señaladas en el precepto penal. Por este motivo, estaremos ante la conducta típica consistente en acceso carnal en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito (varón), lleve a cabo la introducción de su órgano genital masculino por alguna de las tres vías (vaginal, anal o bucal), constituyendo un delito de abuso sexual o incluso una

agresión sexual en aquellos supuestos en los que el autor del delito emplee violencia o intimidación sobre el menor, siendo indiferente en todo momento el sexo masculino o femenino del sujeto pasivo del delito<sup>105</sup>.

Tales razonamientos han sido objeto de debate, pues en sentido contrario a lo dispuesto anteriormente, otra parte de la doctrina sostiene que dicha conducta también podrá ser realizada por una mujer sobre un varón, en aquellos supuestos en los cuales se produzca la denominada “violación inversa”, o incluso sobre otra mujer, por ejemplo, a través de la introducción de miembros corporales u objetos sexuales<sup>106</sup>. No obstante, a pesar de que la doctrina minoritaria considera que, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito consistente en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, parece más adecuado sostener que el hombre es el único sujeto activo capaz de realizar dicha conducta típica, considerando el acceso carnal como la introducción única del miembro masculino por cualquiera de las tres vías (vaginal, anal o bucal)<sup>107</sup>. Cosa distinta será, tal y como ya hemos expuesto, la introducción de miembros corporales u objetos sexuales, en los que la mujer si podrá constituirse como sujeto activo de tales delitos.

Una vez delimitado el significado de la conducta típica consistente en “acceso carnal”, vamos a proceder a analizar las distintas modalidades de acceso carnal que contempla el precepto, esto es: vía vaginal, anal o bucal. En primer lugar, en cuanto al acceso carnal por vía vaginal, la jurisprudencia ha venido admitiendo que, para que se dé lugar a dicho acceso, es necesario que el órgano genital masculino sea introducido de tal forma que penetre el órgano genital femenino. En este sentido se ha pronunciado el Alto Tribunal en numerosas sentencias (SSTS 804/2006 de 20 de julio de 2006; de 23 de junio de 2010, entre otras) estableciendo que: *«En la expresión "acceso carnal" no implica en modo alguno que dicho acceso deba ser vaginal en sentido anatómico. En un sentido puramente literal es indudable que hay penetración una vez que el pene ya ha superado el umbral del labio menor y ha llegado hasta el himen. En una interpretación gramatical, consecuentemente, no hay ninguna razón idiomática que imponga afirmar que la "cavidad genital femenina" (terminología de la STS 1514/86) comienza en la vagina, toda*

---

<sup>105</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 174.

<sup>106</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 174 y 175. En el mismo sentido, el TS ha expresado su conformidad con esta cuestión a través del Acuerdo de 25 de mayo de 2005, aceptando la posibilidad de que existan supuestos de violación inversa.

<sup>107</sup> En este sentido, véase MUÑOZ CONDE, DP PE, 1993, p. 389.

*vez que, desde un punto de vista puramente físico tal cavidad comienza con el labio mayor; por lo tanto, a partir de éste ya habrá penetración y, naturalmente, acceso carnal».* Por ende, a pesar de que la expresión “acceso carnal por vía vaginal” puede dar a entender que únicamente existirá dicho acceso en el momento en que se produzca la introducción del órgano genital masculino dentro de la cavidad vaginal, lo cierto es que se considera perpetrado el acceso carnal en el mismo instante en que el órgano genital masculino alcance o supere el umbral de los labios mayores, si necesidad de que se produzca una penetración completa del órgano genital masculino en la vagina de la víctima.

En segundo lugar, en lo que respecta al acceso carnal por vía anal, será necesario que el órgano genital masculino se introduzca en la cavidad anal de la víctima. En este sentido se han pronunciado numerosas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 12 de mayo de 2010; de 25 de noviembre de 2010, entre otras), en las cuales se manifiesta que, para que se pueda afirmar que nos encontramos ante la variante típica de acceso carnal por vía anal tipificada en el artículo 183.3 del CP, es necesario que se produzca la introducción o penetración del órgano genital masculino en el recto de la víctima, sin ser suficiente el mero roce o contacto entre el órgano genital masculino y la cavidad anal.

En última instancia, en cuanto al acceso carnal por vía bucal, la jurisprudencia del TS en reiteradas ocasiones ha considerado que estaremos ante la conducta típica consistente en el acceso carnal por vía bucal en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito (varón), introduzca el órgano genital masculino en la boca del sujeto pasivo del delito. Tal y como establece la STS nº 1939/2002, de 19 de noviembre y la STS nº 1214/2002, de 19 de junio, la interpretación de la expresión “acceso carnal por vía bucal” deberá ser entendida como la penetración del miembro viril en la cavidad bucal de la víctima, con independencia de que el sujeto pasivo del delito sea mujer o varón.

No obstante, el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal se encuentra sujeto a numerosos problemas interpretativos y de prueba, pues en ocasiones existen dificultades para acreditar si verdaderamente se ha producido dicho acceso. En este sentido debemos destacar la STS nº 520/2006 de 10 de mayo, en la que la parte recurrente cuestiona la aplicación por parte del Tribunal de instancia de la modalidad básica de abusos sexuales a menores de edad (art. 183.1 CP), entendiendo que debía llevarse a cabo la aplicación de la conducta típica descrita en el art. 183.3 CP, correspondiente con el acceso carnal por

vía vaginal, anal o bucal). De los hechos probados puede desprenderse que, el sujeto activo del delito eyaculó en las zonas próximas a la boca y el ano del menor de edad, sin embargo, no quedó suficientemente acreditado el hecho de que el sujeto activo penetrase el miembro viril en la cavidad bucal y anal de la víctima. Tras haber valorado las pruebas e informes periciales aportados, el Alto Tribunal consideró que no podía afirmarse la existencia de penetración anal, pues los restos de semen fueron hallados en el orificio anal (no en su interior), y en los bordes anales. En el mismo sentido, pese a dar como probado el hecho de haberse hallado restos de semen en el interior de la boca de la víctima, no apreció la existencia de penetración bucal, considerando que el sujeto activo no tuvo en ningún momento la intención de realizar penetración alguna sobre el menor de edad, pues la fuerza de la eyaculación producida en la zona bucal pudo causar la introducción del semen en dicha cavidad sin haberse llegado a la penetración bucal. Por todo ello, el Alto Tribunal confirma la sentencia dictada por el Tribunal de instancia, considerando adecuada la aplicación del tipo básico de abusos sexuales a menores de edad (art. 183.1 CP), sin que quepa la posibilidad de aplicar el subtipo agravado de acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal (art. 183.3 CP), pues no quedó suficientemente acreditado que el sujeto activo del delito tuviere intención de realizar penetración alguna sobre el menor de edad.

#### ***6.1.2. Introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías***

Además del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, el precepto analizado en el presente apartado describe la modalidad típica consistente en introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, esto es, la vaginal y la anal. En este caso, a diferencia del acceso carnal, tanto el hombre como la mujer podrán ser considerados sujetos activos del delito, en tanto en cuanto, ambos podrán llevar a cabo la realización de la conducta típica descrita en el tipo, consistente en la introducción de miembros corporales distintos del órgano genital masculino, así como la introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. En cuanto al sujeto pasivo, será indiferente que éste tenga la condición de hombre o mujer.

En lo que respecta a la introducción de miembros corporales, comprende todas aquellas partes del cuerpo distintas al órgano genital masculino, esto es, las manos, la

lengua, o incluso los dedos. A modo ilustrativo, la STS 13/2019, de 17 de enero, entre otras, condena al autor del delito por la introducción de miembros corporales, en este caso, la introducción de los dedos, estableciendo que, lo que se castiga es la introducción de miembros corporales en el órgano sexual de la víctima, sin que sea necesario hacer referencia en este caso al grado de penetración o las lesiones provocadas, ya que lo que importa verdaderamente es que se haya producido la introducción del miembro corporal en el órgano sexual de la víctima. En el mismo sentido se pronuncia la STS nº 355/2013, de 3 de mayo, estableciendo que: «(...) *la precisión sobre qué dígito se trata es irrelevante y que la exigencia de que la introducción alcance la totalidad del miembro corporal usado no tiene fundamento en la descripción del tipo penal. El delito se consuma con la introducción efectiva, sea cual sea la parte, total o parcial, del miembro que se introduce (STS de 19 de febrero de 2010)*», por tanto, lo importante será determinar si se ha producido la introducción de los dedos en la cavidad vaginal o anal, pues si dicha conducta fuese calificada como un mero tocamiento, no estaríamos ante la conducta descrita en el tipo penal del artículo 183.3 CP, sino más bien ante el tipo básico de abusos sexuales del art. 183.1 CP.

Finalmente, en lo que respecta a la introducción de objetos por vía vaginal y anal, dicha conducta delictiva también podrá ser ejecutada por cualquier persona independientemente de su condición de hombre o mujer, resultando asimismo indiferente el sexo del sujeto pasivo del delito. En este caso, el legislador no se ha encargado de concretar qué debe entenderse cuando el legislador hace alusión al término “objetos”, de tal forma que, en ocasiones, existen ciertas discrepancias doctrinales y jurisprudenciales a la hora de concretar cuál es el verdadero significado de dicho término. En términos generales, se entiende por “objeto” *«Todo elemento material que el sujeto activo identifique o considere sustitutivo del órgano genital masculino y que utilice para satisfacer sus deseos sexuales, con independencia de la contundencia del mismo, que, de producir también resultados lesivos para la integridad física de la víctima, originaría un concurso ideal de delitos entre las agresiones o abusos sexuales cualificados y el correspondiente delito de lesiones»*<sup>108</sup>.

---

<sup>108</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre), 2005, p. 192.

En este sentido, un sector doctrinal entiende que deberán estar comprendidos en el tipo penal cualificado de abusos y agresiones sexuales todos aquellos objetos que tengan una cierta transcendencia sexual<sup>109</sup>. Por otra parte, ORTS BERENGUER interpreta el término “objeto” en el ámbito sexual como *«Cualquier cosa corpórea que, respondiendo a un designio lujurioso del sujeto activo, venga a sustituir de alguna manera al pene. El objeto ha de ser apto para el ejercicio de la sexualidad, no siéndolo aquel que solo merezca ser considerado como instrumento de una agresión física»*<sup>110</sup>.

A mayor abundamiento, el TS se ha pronunciado al respecto en numerosas sentencias, estableciendo que, deberá entenderse por “objetos” en términos sexuales, todo cuerpo sólido que se asemeje al órgano genital masculino, sin que quepa descartar aquellos a los que el sujeto activo les atribuya un significado sexual<sup>111</sup>. A modo ilustrativo, la SAP Girona, de 13 de julio de 1999, establece que podrán ser entendidos como objetos en el ámbito sexual, cualquier clase de palos, cuellos de botellas, empuñaduras de paraguas, cañones de escopeta o pistolas, así como un vibrador.

Por otra parte, existen posiciones doctrinales discordantes a la hora de determinar si la lengua puede ser calificada como miembro corporal u objeto, no obstante, el TS se ha pronunciado al respecto a través de la STS núm. 1214/2002, de 1 de julio entre otras, en virtud de la cual se estableció que *«(...) se llega a la misma conclusión mediante la interpretación literal del término "objeto" empleado por el Legislador, que se identifica con "cosa", conforme además con el lenguaje común, que no identifica el mismo con otras partes o miembros del cuerpo humano. Por todo ello la lengua no puede ser objeto de un tratamiento en el precepto indicado distinto al de otras partes o miembros del cuerpo humano»*, de tal forma que, tal y como queda sostenido por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, queda totalmente descartada la calificación de la lengua como “objeto”, pues solo podrá ser considerada como un miembro corporal más que forma parte del cuerpo humano.

---

<sup>109</sup> Véase IGLESIAS SKULJ, en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, 2015, p. 611.

<sup>110</sup> Véase ORTS BERENGUER, en GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), DP PE, 6ª, 2015, p. 227 y ss.

<sup>111</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 179 y 180. En este sentido, véase también SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, 1995, p.103; así como LAMARCA PÉREZ, LLP, 35, 2007, p. 3.

## **6.2. Análisis de las circunstancias agravantes del art. 183.4 CP**

El artículo 183.4 del CP, dispone que: *«Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.*

*b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.*

*c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.*

*d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.*

*e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.*

*f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades».*

Con este precepto, el legislador establece que las penas a imponer a los responsables de alguno de los delitos recogidos en el artículo 183 del CP (abusos o agresiones sexuales a menores de dieciséis años), serán agravadas e impuestas en su mitad superior en aquellos supuestos en los que concurra alguna de las circunstancias previstas legalmente.

### **6.2.1. El escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, trastorno mental, o víctima menor de 4 años**

En cuanto a la primera circunstancia agravante: *a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años*, encuentra su fundamento en la especial lesividad de la conducta sexual realizada, ya que supone una vulneración grave de la indemnidad sexual del menor, así



como en las condiciones personales e intelectuales de la víctima, las cuales provocan que ésta última se encuentre en situación de total indefensión. En este sentido, es estrictamente necesario probar la especial vulnerabilidad de la víctima, así como demostrar la situación de total indefensión en la que se encuentra, exigiéndose que dicha indefensión venga dada exclusivamente por su escaso desarrollo intelectual o físico, o a causa de un trastorno mental. Asimismo, la circunstancia agravante será aplicada de forma automática (presunción *iuris et de iure*) en aquellos casos en los que la víctima no supere la edad de cuatro años, dándose por sentado que, todo menor de cuatro años cuenta con un escaso desarrollo intelectual y físico que no le permite defenderse de ninguna manera<sup>112</sup>.

Siguiendo con el análisis de dicha agravante, gran parte de la doctrina considera que la aplicación de tal circunstancia agravatoria podría suponer la vulneración del principio *non bis in ídem*, en virtud del cual, no está permitido castigar dos veces a un sujeto por los mismos hechos. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, tal y como ha quedado manifestado a lo largo del presente trabajo, los menores de edad son sujetos especialmente vulnerables por razón de su edad y desarrollo físico e intelectual, por lo que el legislador en todo momento ha querido asegurar el cuidado de los mismos, regulando de forma rigurosa los delitos sexuales que fueren cometidos contra estos sujetos. No obstante, surge la cuestión acerca de si, con la aplicación de dicha circunstancia agravante, se estaría castigado dos veces al sujeto activo del delito por la comisión de los mismos hechos, ya que podría entenderse que la condición de indefenso y vulnerable va unida de forma inherente a los sujetos menores de edad<sup>113</sup>.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado el TS en varias ocasiones, sosteniendo que: *«El legislador ha entendido que los actos sexuales realizados con menores de trece años están prohibidos y deben ser sancionados con una pena, sobre la base de la inexistencia de un consentimiento válido por parte de aquellos. Pero nada impide considerar la concurrencia de otras características en los hechos que revelen una situación de la víctima que, siendo menor de trece años, además es especialmente vulnerable. Tal cosa*

---

<sup>112</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 185 a 187. En el mismo sentido, GÓMEZ TOMILLO (dir.), Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, p. 521.

<sup>113</sup> Véase BOIX REIG, en BOIX REIG (dir.), DP PE, vol. I, 2016, pp. 393 y 394. En el mismo sentido, véase RUDILLA PLANO, Delito de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Análisis del artículo 183 y 183 quáter del Código Penal, Trabajo de Fin de Grado, 2014/2015, página 21.

*deberá apreciarse en cada caso, y deberá constar en los hechos y luego ser expuesta y razonada debidamente en la fundamentación jurídica»* (STS nº 609/2012, de 11 de julio). En el mismo sentido, la STS nº 861/2010, de 13 de octubre, se ha pronunciado al respecto sosteniendo que: *«La jurisprudencia ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del ne bis in idem»*. En definitiva, la edad del sujeto menor de dieciséis años, le sitúa directamente en una posición de absoluta vulnerabilidad debido a su escaso desarrollo físico e intelectual, no obstante, para poder apreciar la circunstancia agravante del apartado primero del art. 183.4 CP, será necesario demostrar que, debido a esa vulnerabilidad, así como por otras circunstancias concretas, el sujeto menor de edad se encuentra en situación de total indefensión, pues de no ser así, no podrá ser aplicada dicha agravación de la pena a imponer al responsable del delito.

#### ***6.2.2. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas***

En lo que respecta a la segunda circunstancia agravante recogida en el art. 183.4 del CP: *b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas*, encuentra su fundamento en el mayor desvalor de la acción, así como del resultado, ya que la actuación conjunta de dos o más personas incrementa la peligrosidad y reduce las posibilidades de defensa del sujeto pasivo del delito, en este caso, del menor de edad<sup>114</sup>.

En lo que respecta a dicha agravación, se ha sometido a debate en numerosas ocasiones, la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante del art. 183.4 b) CP, existiendo previamente la cooperación necesaria. En este sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia del TS (STS de 12 de julio de 2005), que opta por la inaplicación de la circunstancia agravante de actuación conjunta a aquellos casos en los que exista coparticipación de los sujetos activos del delito puesto que, si ya en tales supuestos los intervinientes en el hecho delictivo son considerados autores individuales del delito, así

---

<sup>114</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, pp. 496 y 521.

como autores por cooperación en los actos de los restantes partícipes, la aplicación añadida de la circunstancia agravante de actuación conjunta prevista en el artículo 183.4 b), supondría la vulneración directa del principio *non bis in ídem*, pues al estimar tanto la autoría individualizada, como autoría por cooperación necesaria de cada uno de los intervinientes en el hecho delictivo, ya se está dando por hecho que el delito se ha llevado a cabo mediante una actuación grupal de dos o más personas<sup>115</sup>. En el mismo sentido se pronuncia el Alto Tribunal en las SSTS nº 217/2007, de 16 de marzo; nº 439/2007, de 21 de mayo, sosteniendo que: «*Cuando concurren otros partícipes, se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos (participación plural y cooperación a la ejecución de otro), supone una redundancia o doble punición inaceptable a la luz del principio non bis in ídem*». En definitiva, la aplicación de tal circunstancia agravatoria únicamente operará en aquellos supuestos en los que se esté enjuiciando al autor material del delito sexual, el cual se beneficia de la intervención del colaborador o colaboradores necesarios, pero no resultará susceptible de ser aplicada cuando se esté enjuiciando al cooperador necesario, pues esto supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*<sup>116</sup>.

A mayor abundamiento, existe debate acerca de la compatibilidad de la circunstancia agravante del artículo 183.4 b) CP, con las agravantes genéricas de abuso de superioridad y alevosía previstas en el art. 22 del CP. En este sentido, un sector mayoritario de la doctrina considera que dichas circunstancias agravatorias son incompatibles, puesto que todas ellas responden al posicionamiento de la víctima en una situación de mayor debilidad y de menor posibilidad de defensa por sí misma<sup>117</sup>.

### **6.2.3. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter degradante o vejatorio**

---

<sup>115</sup> Véase PUGA GÓMEZ, Delito de agresión sexual y continuidad delictiva, 2015. En: <https://elderecho.com/delito-de-agresion-sexual-y-continuidad-delictiva> (4-2-2021).

<sup>116</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 190.

<sup>117</sup> Véase ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, p. 32. En este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 192.

En relación con la circunstancia agravante recogida en el apartado tercero del artículo 183.4 CP, c) *Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*, encuentra su fundamento en un mayor desvalor del resultado, puesto que supone la afectación añadida de otros bienes jurídicos como son la dignidad y la integridad de la víctima.

Cuando el legislador hace referencia al carácter degradante o vejatorio, lo hace en cuanto a los medios empleados para la comisión del delito, y no respecto a la conducta llevada a cabo, pues ésta última ya reviste por sí misma tal carácter vejatorio y degradante<sup>118</sup>. De forma similar, GONZÁLEZ RUS sostiene que la literalidad del precepto no se refiere a la conducta sexual realizada por el sujeto activo del delito, pues no cabe duda de que, todo acto sexual cometido contra un sujeto menor de edad reviste por sí mismo carácter degradante o vejatorio. Más bien, dicha circunstancia agravatoria será susceptible de ser aplicada en aquellos supuestos en los que se acredite que el autor del delito tenga *«especial intención de humillar o ultrajar a la víctima, mortificándola más allá de lo que es propio de este tipo de abusos o agresiones sexuales»*<sup>119</sup>. Por ello, la agravación de la pena no se centra en el carácter vejatorio o despreciable de la conducta delictiva, la cual supone en todo caso un atentado contra la indemnidad sexual del menor, siendo lo verdaderamente significativo el trato vejatorio o degradante que recibe la víctima de forma añadida e innecesaria, a través de los medios empleados por el autor del delito para ejecutar la conducta delictiva, los cuales suponen una humillación absoluta de la víctima.

Respecto a esta cuestión, y en la misma línea argumental que venimos manteniendo, se ha pronunciado la jurisprudencia del TS, sosteniendo que *«No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad personal que tal clase de actos suponen»* (SSTS nº 159/2007, de 21 de febrero; nº 975/2005, de 13 de julio), entre otras.

Por consiguiente, al tratarse de conceptos jurídicamente indeterminados, pueden darse algunas dificultades en lo que respecta a su valoración, sin embargo, en ocasiones,

---

<sup>118</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años, 2011, p. 193.

<sup>119</sup> Véase GONZÁLEZ RUS, CPC, 59, 1996, p. 337.

no hay dudas acerca de la concurrencia de dicha agravante, pues el autor del delito se empeña, a través de distintos actos, en humillar y vejear a la víctima, como, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que el sujeto activo lleva a cabo conductas de carácter sádico<sup>120</sup>. A mayor abundamiento, el TS en su Sentencia nº 643/2017, de 2 de octubre considera que, en aquellos supuestos en los que resulta de aplicación la agravante dispuesta en el artículo 183.4 c) CP, debe partirse de la concurrencia de vejación y humillación de la víctima, en tanto en cuanto, son inherentes a todo acto de carácter sexual no consentido. Asimismo, señala que, dicha circunstancia deberá ser aplicada «(...) a aquellos supuestos de especial brutalidad, salvajismo, humillación, degradación o vejación, de modo que exige la presencia de fuerza o intimidación innecesarios por exceso, tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo»<sup>121</sup>.

Finalmente, es necesario mencionar que, la circunstancia agravante prevista en el artículo 183.4 c) CP, no podrá ser aplicada de forma simultánea con las agravantes genéricas de ensañamiento y alevosía, en tanto en cuanto, quedarán absorbidas por los tipos cualificados de abusos sexuales a menores de edad. Asimismo, tampoco podrá concurrir con un delito contra la integridad moral, pues estaríamos ante una clara vulneración del principio *non bis in ídem*<sup>122</sup>.

#### **6.2.4. Cuando para la ejecución del delito el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco**

En cuanto a la cuarta circunstancia agravatoria recogida en el tipo cualificado de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, d) *Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima*, el legislador no ha determinado cuál es el verdadero significado de la expresión “prevalerse de una relación de superioridad”, por lo que, en ocasiones, surgen ciertas discrepancias en cuanto a la forma en la que debe ser interpretada dicha circunstancia

---

<sup>120</sup> Véase ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, p. 20 y ss.

<sup>121</sup> En el mismo sentido se han pronunciado numerosas sentencias del Alto Tribunal, a modo ilustrativo: STS de 19 de enero de 2006, así como la STS de 6 de julio de 2010.

<sup>122</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 197. En el mismo sentido, ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, p. 27.

agravante. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente, la STS nº 127/2014, de 20 de enero de 2014, en la cual se establece que, para que pueda ser apreciada dicha relación de superioridad, es necesario que exista, «(...) *un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en el que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad... consciente de que la víctima tiene coartada su libertad de decidir sobre la actividad sexual impuesta. Los requisitos legales son los siguientes: 1) situación de superioridad, que ha de ser manifiesta; 2) que esa situación influya, coartándola, en la libertad de la víctima, y 3) que el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalega de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual*».

Por otra parte, es necesario mencionar que, dicha circunstancia agravatoria encuentra su fundamento, de igual manera que otras de las agravantes recogidas en el artículo 183.4 CP, en la disminución directa de las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo del delito<sup>123</sup>, lo que conlleva además, el aumento de la peligrosidad de la conducta típica realizada. Asimismo, dicha circunstancia resulta ser incompatible con las agravantes genéricas de abusos de confianza y abuso de superioridad previstas en el artículo 22 del CP<sup>124</sup>.

Finalmente, en lo que respecta al delito de abusos sexuales a menores de edad, gran parte de la doctrina, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que, la situación de superioridad a la que hace mención el precepto analizado, puede quedar absorbida por la relación de parentesco a la que hace mención el mismo precepto, en tanto en cuanto, el parentesco existente entre el sujeto activo del delito y la víctima, ya implica por sí mismo la existencia de una posición superior o relación de superioridad entre el autor del delito y al menor de edad<sup>125</sup>. Por el contrario, otra parte de la doctrina considera que, la relación de parentesco solo adquirirá importancia en aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito se aprovecha de su situación de superioridad, la cual

---

<sup>123</sup> Véase GONZÁLEZ RUS, CPC, 59, 1996, p. 338.

<sup>124</sup> Véase ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, p. 69.

<sup>125</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, pp. 199 y 200; en este sentido se pronuncia ALCÁCER GUIRAO, Delitos contra la libertad sexual: Agravantes específicas, 2004, p. 71.

viene dada por la relación de parentesco que mantiene con la víctima<sup>126</sup>. No obstante, consideramos como postura más acertada la sostenida por la doctrina de forma mayoritaria, en virtud de la cual, debe prevalecer la situación de parentesco existente entre el autor del delito y la víctima, la cual lleva implícita la relación de superioridad, a causa de esa relación familiar previa existente entre ambos sujetos.

#### ***6.2.5. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima***

La penúltima circunstancia agravante que el legislador recoge en el artículo 183.4 del CP, *e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima*, resulta susceptible de ser aplicada a todos aquellos supuestos en los que el sujeto activo del delito lleve a cabo actos sexuales sobre la víctima, hasta el punto de poner en situación de peligro la vida de ésta última. Así pues, con el establecimiento de dicha circunstancia agravatoria, el legislador tiene como principal objetivo proteger en todo momento, tanto la indemnidad sexual, como la propia vida del menor.

A pesar de lo anterior, el alcance de dicha circunstancia agravante genera ciertas dudas, puesto que, aunque la literalidad del precepto establezca que el autor del delito podrá poner en peligro la vida del menor de forma dolosa o imprudente, lo cierto es que, gran parte de la doctrina considera que únicamente podrá aplicarse dicha circunstancia agravante en aquellos supuestos en los que el peligro de la vida de la víctima es provocado de forma imprudente por el autor del delito. Ello, por el simple motivo de que, en aquellos casos en los que se ponga en peligro la vida de la víctima de forma dolosa, deberá ser excluida la aplicación de tal agravante, en tanto en cuanto, estaríamos ante un supuesto delito de abuso sexual a un menor de edad, el cual entraría en concurso con una tentativa de homicidio doloso. En el mismo sentido, no resultará de aplicación dicha agravante en aquellos supuestos en los que, como consecuencia del abuso sexual, se produzca la muerte del menor de edad, pues dicha conducta quedaría subsumida en el delito de homicidio o asesinato a un menor de edad<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Véase LAMARCA PÉREZ, JPD, 27, 1996, p. 56.

<sup>127</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, p. 522.

### **6.2.6. Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades**

Finalmente, en lo que respecta a la última circunstancia agravatoria recogida en el artículo 183.4 del CP, *f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades*, de forma similar a las restantes agravantes recogidas en el precepto penal, encuentra su fundamento en un especial desvalor de la acción, así como en el aumento de la peligrosidad, en tanto en cuanto, el delito es ejecutado en el seno de una organización o grupo criminal los cuales están dedicados especialmente a la comisión de delitos de índole sexual a menores de edad. En este sentido, tal y como sostiene la FGE (Circular 2/2011, de 2 de junio), «*la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos*<sup>128</sup>».

Conforme a lo dispuesto en el artículo 570 bis CP, será caracterizada como organización criminal, toda agrupación formada por más de dos personas con carácter estable, o por un tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos. Las organizaciones criminales se caracterizan por su pluralidad subjetiva (más de dos personas), así como por el carácter estable o indefinido de las mismas, junto con la coordinación entre sus miembros para llevar a cabo el reparto de funciones<sup>129</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, estableciendo que, son elementos configuradores de la organización criminal, «*La organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo financiación y jerarquía*» (STS nº 453/2010, de 11 de mayo de 2010).

El grupo criminal, es definido como una figura semejante a la organización criminal, pues se conforma por la unión de dos o más personas y tiene como fin primordial

---

<sup>128</sup> Véase Circular FGE 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales (FIS-C-2011-00002), p. 20.

<sup>129</sup> Véase Circular FGE 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales (FIS-C-2011-00002), p. 6.



la perpetración de delitos, sin embargo, no requiere ningún otro requisito esencial de los precisados para la organización criminal, en tanto en cuanto, no es necesaria la formación de una estructura sólida del grupo criminal, ni tampoco se precisa la organización de las funciones entre sus miembros, ni mucho menos la continuidad de los mismos en dicho grupo<sup>130</sup>. El artículo 570 ter CP, contiene una aproximación al concepto de grupo criminal, entendido como la unión de dos o más personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos. En palabras del Tribunal Supremo, «(...) *no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurren los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal*» (STS 1095/2001, de 16 de julio; STS 10 de marzo de 2000).

Así las cosas, existen ciertas discrepancias entre la doctrina para delimitar cuándo nos encontramos ante una organización o grupo criminal. En este sentido, BOIX REIG/ORTS BERENGUER, sostienen que, estaremos ante una organización criminal, en aquellos casos en los que se forme un grupo de personas, las cuales, durante un tiempo indefinido, actúan con finalidad delictiva, en este caso, atentar contra la indemnidad sexual de los menores de trece años<sup>131</sup>. No obstante, tal y como ha quedado reflejado anteriormente, la jurisprudencia sostiene que para que estemos ante una organización criminal, no basta con la mera agrupación de personas para cometer delitos, sino que es necesaria la existencia de una distribución de funciones, así como la formación de una estructura que organice a los miembros del grupo, con la consiguiente estabilidad en el tiempo y jerarquía de sus miembros. Sin embargo, en relación con el grupo criminal, la doctrina mayoritaria, así como la jurisprudencia, consideran que estaremos ante esta

---

<sup>130</sup> Véase Circular FGE 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales (FIS-C-2011-00002), p. 12.

<sup>131</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 205.

modalidad criminal, y por tanto, podrá ser aplicada la agravante de grupo criminal, en aquellos supuestos en los que exista un grupo conformado por dos o más personas dedicados a la comisión de determinados delitos, sin que sea necesario el cumplimiento ningún otro elemento característico de las organizaciones criminales, tales como la jerarquía de los miembros, la estructuración de los miembros, y el reparto de funciones entre éstos.

En última instancia, el apartado último del artículo 183 del CP establece que, «5. *En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años*». Así pues, el legislador, ha decidido incluir de forma separada, una circunstancia agravante para todos aquellos supuestos en los que, un agente o funcionario público, se prevalezcan de su posición o condición de autoridad para la comisión de un delito de índole sexual contra un menor, de tal forma que, además de la imposición en su mitad superior de la pena que corresponda por la comisión del delito, se impondrá la pena de inhabilitación absoluta por un periodo de seis a doce años. Dicha circunstancia encuentra su fundamento en el mayor desvalor de la acción, así como en el aumento de la peligrosidad de la acción, prevaleciéndose el sujeto de su condición de autoridad por ser agente o funcionario público, para la consecución del delito. En este sentido, el legislador pretende la agravación de tales conductas por considerar que, el sujeto activo del delito se aprovecha de su condición, la cual aporta confianza y seguridad sobre los menores de edad, quienes ven en dichos sujetos la condición de autoridad de la cual se pueden fiar<sup>132</sup>.

En cuanto a la condición de autoridad, agente o funcionario público, tal y como se dispone en el artículo 24.2 CP, será considerado funcionario público, todo aquel que, por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de la autoridad competente, participe en el ejercicio de las funciones públicas. No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria entiende que, podrá resultar de aplicación dicha circunstancia agravatoria a todos aquellos sujetos que desempeñen algún tipo de función pública, sin

---

<sup>132</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 208. En este sentido, ORTS BERENGUER/ SUÁREZ-MIRÁ, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, 2001, p. 225.

que sea necesario que el sujeto activo mantenga la condición de funcionario público desde el punto de vista del Derecho Administrativo o del Derecho Penal<sup>133</sup>.

Conforme a lo dispuesto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, para afirmar la concurrencia de dicha circunstancia agravante, *«(...) se requiere que la condición de funcionario público, en sentido amplio, sea real y además se ponga al servicio del propósito criminal, aprovechándose así de las ventajas que el cargo le ofrezca para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo»* (STS nº 333/2003, de 28 de febrero de 2003, así como STS nº 1453/2002, de 13 de septiembre de 2002). Así las cosas, se requiere la condición de funcionario público del sujeto activo del delito, en virtud de la cual, dicho sujeto se aprovecha del desempeño de sus funciones para la ejecución del delito con mayor facilidad, así como el aprovechamiento de la condición de autoridad o funcionario público por parte del sujeto activo del delito para su propósito criminal, esto es, para la perpetración del delito.

Finalmente, es necesario resaltar que, la circunstancia agravante dispuesta en el artículo 183.5 CP, resulta ser incompatible con la agravante genérica del artículo 22. 7ª CP, en tanto en cuanto, ambas se fundamentan en el prevalimiento del carácter público que realiza el autor para la perpetración del delito. No obstante lo anterior, una parte de la doctrina considera compatible la agravante del artículo 183.5 CP, con la agravante genérica de abuso de superioridad dispuesta en el artículo 22.2º CP<sup>134</sup>.

## 7. EL ARTÍCULO 183 QUÁTER CP

El art. 183 quáter CP fue introducido *ex novo* por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, en virtud del cual se establece que: *«El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez»*. Junto con el aumento de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, la inclusión de dicho precepto en el texto punitivo

---

<sup>133</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 207. En este sentido, CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, 2001, p.133.

<sup>134</sup> Véase MONGE FERNÁNDEZ, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, 2011, p. 209.

español supuso una gran innovación, ya que el legislador quiso adaptarse a la realidad social del momento, intentando así corregir las lagunas o errores que pudiesen existir en relación con los tipos actuales de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Concretamente, el Preámbulo de la LO 1/2015, por la que se reforma el CP de 1995, establecía que: *«(...) de esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez»*.

La elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años supuso que se condenasen todas aquellas conductas de carácter sexual realizadas con un menor que no superase dicha edad, sin embargo, a fin de querer solucionar dicha problemática constante, el legislador introdujo la cláusula establecida en el art. 183 quáter CP, en virtud de la cual quedarán exentos de responsabilidad criminal todos aquellos sujetos mayores de 16 años que mantengan relaciones sexuales con menores de edad, siempre y cuando medie el consentimiento previo del menor, y siempre que se considere que existe proximidad tanto en edad, como en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos intervinientes en el acto sexual.

El establecimiento de dicho precepto ha traído consigo algunos aspectos no tan positivos, ya que se compone de una serie de conceptos de carácter ambiguo e indeterminado difíciles de valorar, lo que da lugar a que se produzca cierta inseguridad jurídica en el momento en que dicho precepto es aplicado por los Juzgados y Tribunales. Por este motivo, surgen determinadas cuestiones en cuanto a la valoración de la denominada “proximidad” en la edad y el grado de desarrollo intelectual o de madurez de los sujetos intervinientes en el acto sexual, lo que conlleva en cierta medida que el ámbito de aplicación de dicha cláusula se encuentre realmente limitado, pues solo operará dicho precepto en aquellos casos en los que se cumplan los requisitos determinados en él, y únicamente sobre los delitos que permitan la aplicación de dicha cláusula, pues no en todos los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales permiten apreciar dicha circunstancia. Asimismo, desde su incorporación en el texto punitivo español se ha cuestionado su naturaleza jurídica, existiendo diversas posiciones doctrinales que la han considerado, bien como una causa de atipicidad o bien, como sostienen muchos autores, como una causa de justificación.

En última instancia, el establecimiento de dicho precepto en la legislación penal, ha traído consigo una significativa evolución jurisprudencial, lo cual quedará expuesto en los siguientes párrafos, pues resulta llamativo el tratamiento de los delitos sexuales contra menores llevado a cabo por los Tribunales españoles antes y después de la inclusión de dicho precepto.

### **7.1. Fundamento del artículo 183 quáter del CP. La denominada “Cláusula Romeo y Julieta”**

Conforme a lo dispuesto en la Circular 1/2017, de la FGE, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal, la tipificación de las conductas sexuales llevadas a cabo con sujetos menores de edad, encuentra su fundamento en que, dichos sujetos forman parte de un grupo social vulnerable, puesto que aún no han visto desarrolladas sus habilidades madurativas y capacidades intelectuales, lo que les sitúa en posición desigual frente a otros sujetos que ya han alcanzado la edad adulta. En este sentido se presume que, en aquellos supuestos en los que se mantengan relaciones sexuales con menores de edad, éstos no han prestado su consentimiento para la realización del acto sexual, o el mismo se encuentra viciado, pues no cuentan con la madurez o el grado de desarrollo intelectual suficiente para perpetrar el acto sexual con un sujeto adulto de forma totalmente libre. No obstante, a pesar de que nuestro texto punitivo recoge una presunción *iuris et de iure* sobre la falta de capacidad de los menores de edad para prestar consentimiento en las relaciones sexuales, el legislador introdujo la cláusula establecida en el artículo 183 quáter CP, en virtud de la cual, no resultarán punibles aquellas conductas sexuales realizadas con menores de edad, en aquellos supuestos en los que quede demostrada la proximidad en edad y grado de desarrollo de ambos sujetos intervinientes en el acto sexual. En palabras de la FGE, «(...) se evita así, la punición indiscriminada de conductas que, aun siendo típicas, no ponen en peligro el bien jurídico protegido»<sup>135</sup>, sosteniendo además que, en aquellos casos en los que se produzcan relaciones sexuales entre menores y otros sujetos de la misma o similar edad, sin que existan indicios de abuso o agresión sexual hacia el menor, no supondría esto un atentado directo contra la indemnidad sexual del menor, por lo que dichas conductas no deberían ser sancionadas penalmente<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal, p. 5.

<sup>136</sup> Criterio seguido en el Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009 al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008.

Tal y como ya ha quedado señalado, el artículo 183 quáter CP encuentra su fundamento en la no penalización de aquellas conductas sexuales consentidas llevadas a cabo entre menores de edad, que no supongan en realidad un verdadero atentado contra la indemnidad sexual del menor quedando demostrado que, a pesar de haberse realizado una conducta delictiva tipificada en el Código Penal, los sujetos intervinientes en el acto sexual son próximos en edad y grado de desarrollo y madurez<sup>137</sup>. Sin embargo, mientras analizamos el fundamento de dicho precepto surge una cuestión principal: ¿por qué un menor ve afectada su indemnidad sexual si tiene sexo con un adulto, pero no si el acto sexual lo practica con otro menor? Al referimos al fundamento de la cláusula establecida en el art. 183 quáter CP, el legislador ha buscado en todo momento la protección de bienes jurídico-penales, puesto que no pueden ser castigadas aquellas conductas sexuales que en realidad no suponen una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, en este caso la indemnidad sexual del menor<sup>138</sup>. El Consejo Fiscal en su informe para el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2008 dio respuesta a la cuestión que hemos planteado anteriormente estableciendo que, el contacto sexual que pueda darse lugar entre menores de edad y grado de madurez similares, siempre y cuando quede demostrado que no existen signos de abuso o intrusión, no afecta a la indemnidad sexual del menor, y por tanto, dicha conducta no debería ser castigada por el Ordenamiento Penal<sup>139</sup>.

Imaginemos que un sujeto de 17 años mantiene relaciones sexuales con un menor de 15 años. En situación normal, tales sujetos ya pueden ser considerados responsables desde un punto de vista criminal, incluso el sujeto de edad superior podría ser condenado por un delito contra la indemnidad sexual de los menores tipificado en nuestro texto punitivo. Dicha situación condujo al legislador a la necesidad de crear un precepto en el que dejando intacta la premisa de condenar todos aquellos actos que supongan un atentado contra la indemnidad sexual del menor, quedasen fuera de dicha exigencia todos aquellos contactos sexuales que pudiesen surgir entre los jóvenes próximos en edad y grado de madurez, siempre y cuando quede probada la inexistencia de violencia o intimidación sobre el menor<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Véase RAMOS VÁZQUEZ, Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal, 2015, p. 183.

<sup>138</sup> Véase SÁNCHEZ ESCOBAR, RDMCP, 5, 2013, pp. 481 y 482.

<sup>139</sup> Véase Informe del Consejo Fiscal de 4 de febrero de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, p. 116 y ss.

<sup>140</sup> Véase ESCOBAR JIMÉNEZ, Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quáter, 2016, p.10.

## **7.2. Naturaleza dogmática del art. 183 quáter CP: ¿Causa de atipicidad? o ¿Causa de justificación?**

Tal y como ha quedado establecido en los apartados anteriores, conforme a lo dispuesto en el artículo 183 quáter CP, no existirá responsabilidad penal para aquellos que, existiendo el consentimiento libre del menor, lleven a cabo actos de carácter sexual con sujetos menores de edad, siempre y cuando quede probada la proximidad de edad y grado de desarrollo o madurez entre ambos sujetos intervinientes en el acto sexual. Desde la inclusión de dicha cláusula en el Código Penal, la doctrina se ha dividido en dos sectores muy diferenciados, entre aquellos que califican dicho precepto como una causa de justificación y, por el contrario, aquellos que sostienen que dicha cláusula debe ser considerada como una causa de atipicidad.

En primer lugar, es preciso aclarar cuál es la diferencia entre una causa de justificación y una causa de atipicidad. En lo que respecta a las causas de justificación, son circunstancias eximentes que, por determinados motivos, excluyen la antijuridicidad o ilicitud de la conducta en principio típica. Aunque, tal y como ocurre en la mayoría de las causas de justificación sigue subsistiendo el desvalor del resultado, la conducta no es rechazada desde un punto de vista jurídico porque falta el desvalor de la acción en su totalidad<sup>141</sup>. En definitiva, sigue habiendo afectación del bien jurídico protegido, sin embargo, por determinadas razones, queda excluida la antijuridicidad de la conducta<sup>142</sup>. En cuanto a las causas de atipicidad, hacen referencia a conductas que carecen de toda relevancia jurídica, excluyendo de entrada la tipicidad de la conducta. En definitiva, son circunstancias que excluyen la tipicidad de la conducta realizada, sin que exista en ningún momento, algún tipo de peligro o lesión respecto del bien jurídico protegido<sup>143</sup>.

Por un lado, un sector doctrinal califica el art. 183 quáter CP como una causa de justificación. Los defensores de dicha teoría afirman que ha existido un atentado contra la indemnidad sexual del menor de dieciséis años, sin embargo, a causa de ciertas circunstancias, queda excluida la antijuridicidad de la conducta sexual realizada. En este

---

<sup>141</sup> Véase LUZÓN PEÑA, Lecciones de DP PG, 2016, pp. 334 y 335.

<sup>142</sup> Véase LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p. 21.

<sup>143</sup> Véase LUZÓN PEÑA, en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, 1995, p.32.

sentido, quienes mantienen esta postura estarían contradiciendo la propia literalidad del precepto, pues éste excluye en todo momento la responsabilidad penal, luego no cabría hablar sobre una supuesta vulneración de la indemnidad sexual del menor de edad<sup>144</sup>. En sentido contrario, otro sector doctrinal considera que dicha cláusula debe ser calificada como una causa de exclusión de la tipicidad. En este sentido, se afirma que, en determinados supuestos, cuando queda probado que existe proximidad en la edad y el grado de desarrollo o madurez de los sujetos intervinientes en el acto sexual, no existe lesión del bien jurídico protegido (la indemnidad sexual del menor)<sup>145</sup>.

En este punto, adquiere especial relevancia el consentimiento otorgado por parte del menor de edad, pues tal y como puede desprenderse del precepto analizado, para que pueda ser aplicada la cláusula que exime de la responsabilidad penal, es necesario el otorgamiento del consentimiento libre por parte del menor que participa en el acto sexual. Una parte de la doctrina considera que el consentimiento del menor opera como una causa de justificación, entendiendo que determinados bienes jurídicos no pueden quedar supeditados a las decisiones tomadas libremente por los titulares de los mismos, debiendo existir una ponderación entre la libertad de la persona para consentir y disponer de su indemnidad sexual, y el desvalor de la acción y del resultado de la conducta llevada a cabo<sup>146</sup>. Por consiguiente, a pesar de haber prestado consentimiento el menor de edad, el bien jurídico protegido ha sido lesionado, lo que implica a su vez que se ha realizado la conducta típica, sin embargo, dicha conducta quedaría justificada<sup>147</sup>.

En sentido contrario a lo sostenido anteriormente, otra parte de la doctrina considera que el consentimiento otorgado por el menor de edad opera como causa de atipicidad, pues consideran que debe prevalecer el interés individual del titular del bien jurídico protegido (el menor de edad), sobre el interés general de dicho bien jurídico protegido. En este sentido, tal y como sostiene ROXIN, al tratarse de un bien jurídico protegido de carácter individual, la voluntad o el consentimiento de su titular excluye totalmente la tipicidad de la acción y del resultado, pues se considera que no ha sido

---

<sup>144</sup> Véase POZA MIGUEL, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “*Romeo y Julieta*”, 2018, p. 26.

<sup>145</sup> Véase POZA MIGUEL, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “*Romeo y Julieta*”, 2018, p. 26.

<sup>146</sup> Véase DOMÍNGUEZ CORREA, en RFDURU, 30, 2014, p. 109 y ss.

<sup>147</sup> Véase MACHADO RODRÍGUEZ, DPCr, 95, vol.33, 2012, p. 32.



lesionado dicho bien<sup>148</sup>. En el mismo sentido se postula TAMARIT SUMALIA, calificando el art. 183 *quáter* CP como una causa de atipicidad, pues considera que el consentimiento es un elemento primordial en los delitos de naturaleza sexual, por lo que, en aquellos casos en los que queda probada la existencia de dicho consentimiento, no puede afirmarse la existencia de conducta típica, ni tampoco lesión del bien jurídico, por lo cual, dicho acto sexual no será susceptible de ser castigado por el Ordenamiento penal<sup>149</sup>.

### **7.2.1. Toma de posición**

Con todo, desde una perspectiva personal, defendemos la postura de aquellos que consideran el precepto analizado como una causa de atipicidad puesto que, el fin primordial buscado por el legislador con la introducción del artículo 183 *quáter* CP en nuestro texto punitivo fue dejar excluidas de la esfera penal aquellas relaciones sexuales consentidas que fueren mantenidas entre sujetos de edad y grado de madurez próximos, por entender que, en tales supuestos, no existe conducta típica, ni mucho menos se lesiona la indemnidad sexual del menor de edad. Tal y como ya hemos afirmado, el objetivo principal buscado con la instauración de dicha cláusula era dejar a un lado la transcendencia penal de los actos sexuales llevados a cabo entre sujetos próximos en edad y grado de desarrollo y madurez, por esta razón, afirmar que dicho precepto debe ser considerado como una causa de justificación, supone otorgar relevancia penal a aquellas conductas sexuales que, posteriormente, tras un proceso penal en el que se valore la existencia de consentimiento, así como la proximidad en edad y desarrollo intelectual entre los sujetos intervinientes en el acto sexual, van a ser calificadas como no punibles por carecer éstas de relevancia penal, de tal forma que resulta más práctico, además de lógico, calificar el art. 183 *quáter* CP como una causa de atipicidad desde un primer momento, pues realmente no ha existido conducta típica ni mucho menos se ha lesionado la indemnidad sexual del menor, cosa que si hubiera existido en aquellos casos en los que el acto sexual se hubiese llevado a cabo en contra de la voluntad del menor, así como por

---

<sup>148</sup> Véase ROXIN, DP PG, Tomo I, Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción realizada por Luzón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, 1997, p. 397.

<sup>149</sup> Véase TAMARIT SUMALIA, en QUINTERO OLIVARES, Comentario a la reforma penal de 2015, 2015, p. 425.

un sujeto adulto con edad y grado de desarrollo y madurez significativamente superiores a los del menor de edad<sup>150</sup>.

### **7.3. Análisis de las condiciones exigidas para la aplicación del precepto**

Tal y como ha quedado reflejado en los apartados anteriores, nuestro texto punitivo tiende a condenar todo acto sexual llevado a cabo con sujetos menores de edad, salvo algunas excepciones establecidas por el legislador, en virtud de las cuales, no existirá responsabilidad penal, en aquellos supuestos en los que, además del consentimiento libre prestado por el menor de edad, se cumpla con los criterios condicionantes de proximidad en la edad y grado de desarrollo o madurez de los sujetos intervinientes en el acto sexual, siendo acumulativos ambos criterios<sup>151</sup>. Se trata de una presunción *iuris tantum* por la cual, en aquellos supuestos en los que, sin excepción alguna, concurren los tres criterios establecidos por el precepto (consentimiento, proximidad en la edad y proximidad en el grado de desarrollo o madurez), no existirá responsabilidad penal para aquellos sujetos intervinientes que mantengan contacto sexual con sujetos menores de edad.

El legislador ha optado por hacer referencia al término “proximidad”, concepto cuanto menos confuso y de difícil determinación, pues el precepto no establece qué debe entenderse por proximidad en la edad y grado de desarrollo o madurez, ni siquiera ha establecido cuales son los criterios a seguir para poder afirmar que nos encontramos ante tal circunstancia. Ante tal situación, son los Tribunales los encargados de apreciar la concurrencia de dichas circunstancias, lo que puede dar lugar a pronunciamientos muy diversos según las distintas interpretaciones llevadas a cabo por los jueces<sup>152</sup>. A continuación, se va a llevar a cabo un análisis exhaustivo de tales circunstancias con el fin de aclarar cuál era la verdadera intención del legislador con la inclusión de tales términos en dicho precepto.

---

<sup>150</sup> En este sentido, véase POZA MIGUEL, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “*Romeo y Julieta*”, 2018, p. 30. De la misma forma, RAMOS TAPIA, en VILLACAMPA ESTIARTE/ AGUADO-CORREA (coords.), Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección, 2015, p. 127.

<sup>151</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, p. 19.

<sup>152</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, p.6 y ss.

### 7.3.1. *La proximidad en la edad*

Tal y como se dispone en la Circular 1/2017 de la FGE, al igual que ha sido recogido en otros Ordenamientos europeos, lo más acertado habría sido el establecimiento de un criterio cronológico concreto, delimitando así el tramo de edad en el cual quedaría excluida la responsabilidad penal del sujeto interviniente en el acto sexual y, por consiguiente, aportando mayor seguridad jurídica a la hora de valorar las circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, el legislador español ha optado por aportar mayor flexibilidad al criterio de la edad, lo que implica a su vez un aumento de la inseguridad jurídica, así como de la dificultad para el análisis de dicha circunstancia por parte de los Juzgados y Tribunales competentes<sup>153</sup>.

Algunos autores consideran que el legislador español estableció el término “proximidad”, con el fin de que la aplicación del art. 183 quáter CP no quedara limitada a aquellos supuestos en los que la asimetría de la edad entre los sujetos intervinientes fuere notoria pero el grado de desarrollo o madurez no<sup>154</sup>. En sentido contrario, otros muchos autores consideran que, tal indeterminación supone el nacimiento de numerosas interpretaciones acerca del término “proximidad”, dando lugar a resoluciones judiciales muy diversas y, por consiguiente, aumentando la inseguridad jurídica, pues cada juez seguirá su propio criterio y convicciones para interpretar si verdaderamente estamos ante un supuesto de exclusión de la responsabilidad penal<sup>155</sup>.

En este sentido, la propuesta de enmienda nº 561 (BOCG nº 66-2, de 10 de diciembre de 2014) del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, estudió el criterio de la edad sosteniendo que: *«La utilización del concepto “próximo” es indeterminado y dará lugar a sentencias diferentes según la apreciación del juez»*, así pues, consideraron como opción más acertada el establecimiento de un periodo concreto de tres años, de tal forma que, la cláusula establecida en el artículo 183 quáter CP, únicamente podría ser aplicada en aquellos supuestos en los que el tramo de edad de los sujetos intervinientes en el acto sexual no superase los tres años<sup>156</sup> (a modo de ejemplo:

---

<sup>153</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, p. 6 y ss.

<sup>154</sup> Véase RAMOS VÁZQUEZ, Política criminal, cultura y abuso sexual a menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal, 2016, p.187.

<sup>155</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, p. 535.

<sup>156</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, pp. 6 y 7.

14 años el menor de edad y 17 años el otro sujeto; 16 años el menor de edad y 19 años el otro sujeto). Sin embargo, dicha propuesta fue rechazada, ya que el legislador español prefirió no acotar de forma estricta el tramo de edad, considerando más adecuada la introducción del término “proximidad”, el cual quedaría expuesto a diversas y numerosas interpretaciones.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, concretamente en el Auto núm. 67/2016, de 21 de enero, supuesto de abusos sexuales en el cual el sujeto adulto de 46 años atentó contra la indemnidad sexual de un menor de 11 años. En este caso, el Alto Tribunal entendió que la cláusula prevista en el art. 183 *quáter* CP “persona próxima por edad y grado de desarrollo o madurez”, no podrá extenderse a casos como el expuesto, puesto que la diferencia de edad es tan significativa que no permite afirmar que el consentimiento otorgado por el menor haya sido prestado de forma totalmente libre, pues ya no solo estamos ante un caso de asimetría de edad, sino que también puede apreciarse una clara diferencia en el grado de madurez o desarrollo intelectual de ambos sujetos. En el mismo sentido se pronuncia la STS núm. 946/2016, de 15 de diciembre, supuesto de relación consentida entre un adulto de casi 20 años y una menor de 11, en la cual el Alto Tribunal estima que la diferencia de edad entre los sujetos intervinientes en la relación se encuentra fuera de los límites previstos en la cláusula recogida por el artículo 183 *quáter* del CP, por lo que el sujeto adulto no quedará exento de responsabilidad criminal, siendo condenado como sujeto activo de un delito de abusos sexuales a menores de edad tipificado en el artículo 183.1 CP.

Siguiendo la misma línea argumental, el TS ha declarado en numerosas Sentencias que, para que exista la exención de la responsabilidad penal debe concurrir la doble premisa establecida en el precepto, esto es, proximidad en la edad y en el grado de desarrollo y madurez. En palabras del Alto Tribunal: *«Se trata pues de tener en cuenta el equilibrio de la pareja atendiendo a las circunstancias legales, es decir, a la edad y el espíritu y mentalidad de ambos, debiendo rechazarse los casos de desequilibrio relevantes y notorios desde el punto de vista objetivo, pero también subjetivamente cuando aquél pueda inferirse del contexto en el que tiene lugar la relación, lo que determina un cuidadoso examen de cada caso»*<sup>157</sup>.

---

<sup>157</sup> En este sentido, ATS 23 de marzo de 2017; STS de 18 de enero de 2016, STS 700/2020, de 16 de diciembre de 2020, entre otras.

En definitiva, la edad de los sujetos intervinientes en el acto sexual es un elemento fundamental a tener en cuenta, de tal forma que la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal únicamente será susceptible de ser aplicada en aquellos supuestos en los que no exista diferencia significativa de edad entre ambos sujetos. Por consiguiente, no solo deberá atenderse a la edad numérica de los sujetos en sentido estricto, sino también la edad mental del menor, ya que en aquellos supuestos en los que la minoría de edad del menor sea significativamente inferior a la del otro sujeto interviniente en la relación sexual, (por ejemplo, 10, 11 o 12 años), se genera una situación de desequilibrio frente a la posición de superioridad adquirida por el otro sujeto interviniente, lo cual provoca que este último se encuentre en situación de ventaja, siéndole posible manipular al menor de edad, pues la voluntad de éste último se encuentra completamente anulada<sup>158</sup>.

### ***7.3.2. El grado de desarrollo o madurez***

Tal y como ya ha quedado expuesto anteriormente, para que la cláusula exoneradora de la responsabilidad criminal sea susceptible de ser aplicada, no solo deberá cumplirse el criterio relativo a la proximidad en la edad, sino que también será indispensable el cumplimiento del requisito de proximidad en el grado de desarrollo o madurez de tales sujetos. El legislador hace referencia en último lugar a dicho criterio, la proximidad en el grado de desarrollo o madurez, siendo entendido éste último como un factor tanto físico como psíquico o intelectual, el cual deberá ser valorado e interpretado por los Juzgados y Tribunales competentes, a fin de observar si resulta de aplicación el artículo 183 quáter CP, o si, por el contrario, el acto sexual llevado a cabo entre el sujeto activo y pasivo entraña un atentado contra la indemnidad sexual del menor de edad.

En lo que respecta al grado de desarrollo o madurez, se trata de un criterio biopsicosocial, entendido éste como el conjunto de características individuales y habilidades madurativas del menor, las cuales deberán ser tenidas en cuenta junto con el

---

<sup>158</sup> Véase ROMERO, Consentimiento sexual en menores y mayores de edad en función de la proximidad y madurez de ambas partes, 2019.

En: <https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDC0NDc0NjFSK0stKs7Mz7M1AooYmBtYgAQy0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKtIvNzSktSQ4sybUOKSiMBL0onqUYAAAA=WKE> (6-2-2021).

criterio de proximidad en la edad, el cual ya ha sido analizado en los apartados anteriores<sup>159</sup>. Asimismo, la madurez en el ámbito de la sexualidad ha sido definida como «*la desigualdad madurativa que impide el ejercicio de una libre decisión por parte del menor y una actividad sexual compartida, dada las diferencias existentes entre las experiencias, madurez y expectativas sobre la relación sexual*»<sup>160</sup>. Se trata entonces de un concepto de carácter indeterminado sujeto a distintas interpretaciones llevadas a cabo por parte de los Juzgados y Tribunales competentes, así como a valoraciones dentro del procedimiento penal realizadas por peritos profesionales que se encargan de valorar las capacidades y el grado de desarrollo y madurez del menor desde una perspectiva tanto física como psicológica o mental, con el fin de que pueda quedar probado si existe tal proximidad en el grado de desarrollo o madurez entre los sujetos intervinientes en el acto sexual.

En este sentido se pronuncia GÓMEZ TOMILLO, sosteniendo que, el legislador hace referencia tanto a la proximidad en el grado de desarrollo (factor físico), como a la proximidad en el grado de madurez (factor psíquico o intelectual) existente entre ambos sujetos intervinientes en el acto sexual, sin embargo, al igual que otros muchos autores, no considera correcto que se deba tener en cuenta el aspecto físico del menor de edad, pues en muchas ocasiones, el desarrollo físico de algunos menores es notablemente avanzado respecto del resto de menores que se desarrollan de forma progresiva y equilibrada, luego no es un dato objetivo que deba tenerse en cuenta para la aplicación de la cláusula del artículo 183 quáter CP, pues no se estaría protegiendo en este caso la indemnidad sexual de los menores de edad<sup>161</sup>.

Siguiendo con el análisis de dicho criterio, el concepto de madurez ha sido interpretado en ocasiones como «*La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado*»<sup>162</sup>, debiendo tener en cuenta que se trata de un concepto que puede estar sujeto a numerosas variaciones dependiendo del menor que se trate, pues en ocasiones, según las circunstancias, experiencias o sucesos que haya tenido que vivir el menor, podemos encontrarnos con menores muy maduros, o por el contrario,

---

<sup>159</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, p. 12.

<sup>160</sup> Véase GRANERO PEÑALVER, Análisis del art. 183 quáter del Código Penal, 2019.

En: <https://revistamedicojuridica.com/blog/2019/12/08/analisis-del-articulo-183-quater-del-codigo-penal/> (6-2-2021).

<sup>161</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, pp. 535 y 536.

<sup>162</sup> Véase Circular FGE 1/2017, sobre la interpretación del artículo 183 quáter del Código Penal, p. 14.

menores que no hayan alcanzado la madurez plena, en tanto en cuanto, no se han visto obligados a vivir determinadas experiencias o circunstancias que le hayan servido para madurar<sup>163</sup>.

Así pues, a pesar de que en la práctica judicial no resulta ser tarea fácil, tanto la proximidad en edad como en el grado de desarrollo o madurez de los sujetos intervinientes en el acto sexual, deben quedar acreditados y demostrados con pruebas fehacientes que permitan apreciar su concurrencia. En palabras de GÓMEZ TOMILLO, corresponde acreditar tal proximidad a quien la alega, siendo precisa la realización de informes psicológicos por un perito profesional, así como la realización de determinados exámenes físicos y psíquicos al menor de edad<sup>164</sup>.

#### **7.4. Análisis jurisprudencial del artículo 183 quáter CP**

A menudo surgen numerosas cuestiones acerca de cuál es la forma más adecuada de interpretar la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el artículo 183 quáter del CP, es por ello que, a menudo se dictan resoluciones al respecto las cuales versan sobre las distintas interpretaciones existentes acerca de los tres elementos que integran dicho precepto, los cuales son, el consentimiento, la proximidad en la edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez. La inclusión del artículo 183 quáter del CP a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2015, por la que se reforma el Código Penal, supuso un giro radical en torno al tratamiento de aquellos supuestos en los que un sujeto adulto mantiene relaciones sexuales con un sujeto menor de edad. La ya establecida presunción *iuris et de iure* sobre la falta de capacidad de los menores para decidir o prestar consentimiento en los actos de índole o naturaleza sexual, y por consiguiente, la indiscutible responsabilidad penal de aquellos sujetos que mantuvieron relaciones sexuales con un menor de edad, fue sustituida por la presunción *iuris tantum* recogida en el artículo 183 quáter del CP, consistente en que no serán responsables desde un punto de vista penal aquellos sujetos que mantengan relaciones sexuales con menores de edad, siempre y cuando quede probado que el menor ha prestado libremente su consentimiento, así como la proximidad en la edad y en el grado de desarrollo o madurez de ambos

---

<sup>163</sup> En este sentido, POZA MIGUEL, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “*Romeo y Julieta*”, 2018, p. 38.

<sup>164</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, p. 536.

sujetos<sup>165</sup>. En este sentido, tal y como veremos a continuación, dicha transformación ha influido en gran medida en las resoluciones dictadas por los Juzgados y Tribunales, en tanto en cuanto, ya no se limitan a condenar todas aquellas conductas de carácter sexual llevadas a cabo con sujetos menores de edad (a excepción de los casos de error), sino que, en determinados supuestos se procederá al análisis de las circunstancias del caso concreto con el fin de averiguar si verdaderamente el sujeto activo ha actuado en contra de la indemnidad sexual del sujeto menor de edad.

En primer lugar, se va a proceder al análisis de la STS 411/2006, de 18 de abril de 2006 (Tribunal Supremo- Sala Segunda de lo Penal), la cual versa sobre el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la AP de Logroño, de 25 de enero de 2005, en virtud de la cual fueron declarados como hechos probados que, un sujeto de 24 años de edad mantuvo relaciones sexuales consentidas con penetración vaginal con una menor de 12 años. En el presente supuesto, la AP de Logroño condenó al sujeto acusado por un delito de abusos sexuales, sin embargo, finalmente el Alto Tribunal, dictó sentencia absolutoria por entender que sobre la persona del acusado operaba un error de prohibición invencible, en tanto en cuanto, al ser este último de nacionalidad ecuatoriana, no tenía constancia de que la conducta realizada con la menor de edad se encontraba tipificada como un delito de abusos sexuales en el texto punitivo español.

Siguiendo con el análisis del caso, el Tribunal Supremo no negó en ningún momento la diferencia de edad existente entre ambos sujetos, no obstante, se centró en valorar el estado de madurez adquirido por la menor de 12 años, pues los informes periciales y psicológicos llevados a cabo respecto de la menor, concluyeron con que la madurez mental de la misma era superior a su edad cronológica (12 años). Por consiguiente, el Alto Tribunal concluye con que la menor fue consciente en todo momento de los actos que estaba llevando a cabo, así como de sus consecuencias.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la diferencia de edad entre los sujetos intervinientes en la relación sexual es claramente significativa, sin embargo, ha quedado probado que, en el momento en que se llevaron a cabo los actos de naturaleza sexual, ambos sujetos se encontraban próximos en cuanto al grado de madurez. No obstante, teniendo en cuenta que la resolución es de fecha anterior al nacimiento de la cláusula

---

<sup>165</sup> Véase GÓMEZ TOMILLO, Comentarios prácticos al Código Penal, 2015, p. 536.



exoneradora de la responsabilidad penal recogida en el artículo 183 quáter CP, resultó ser indiferente para el Tribunal tanto la diferencia de edad, como la proximidad en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos, puesto que en aquel momento se encontraba vigente la presunción *iuris et de iure* consistente en afirmar que los menores de edad no contaban con la capacidad y madurez suficiente para prestar libremente su consentimiento, de tal forma que, si finalmente no hubiere quedado acreditada la existencia de un error de prohibición invencible en la conducta del sujeto, hubiera sido condenado igualmente como responsable de un delito de abusos sexuales a menores de edad.

A la luz de las circunstancias del presente caso, es necesario resaltar que, es el propio Tribunal el que tiende a afirmar que, a pesar de la diferencia de edad existente entre ambos sujetos menores de edad, la menor de 12 años muestra claros signos de madurez. A pesar de que, por motivos evidentes, en el momento en que se dictó dicha resolución no se encontraba vigente la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el artículo 183 quáter CP, lo cierto es que en el hipotético caso de que actualmente tuviese lugar el mismo supuesto con similares circunstancias, no resultaría de aplicación el artículo 183 quáter CP, en tanto en cuanto, dicho precepto exige el cumplimiento simultáneo de los tres criterios contenidos en el mismo, esto es, el consentimiento libre del menor, la proximidad en la edad y la proximidad en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos intervinientes en la relación sexual.

Por este motivo, a pesar de que la Sentencia analizada fuese de fecha anterior a la introducción del artículo 183 quáter CP en nuestro texto punitivo, nos conduce a reflexionar sobre el verdadero fundamento y finalidad del citado precepto, ya que la exigencia recogida en dicho precepto relativa al cumplimiento simultáneo de los criterios (consentimiento, proximidad en la edad y proximidad en el grado de desarrollo y madurez), puede resultar contraproducente en ocasiones.

En este sentido, la resolución analizada se centra en la madurez de la menor de edad, concluyendo con que, en virtud de los informes periciales y psicológicos realizados, la misma ha alcanzado un grado de desarrollo y madurez bastante superior a otros niños de su edad. Esto nos lleva a considerar que la aplicación de la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal debería centrarse no tanto en la proximidad de edad de los sujetos intervinientes, sino más bien en la madurez que ostente el sujeto menor de edad, en tanto

en cuanto, la edad cronológica de los sujetos se constituye como un dato bastante irrelevante, pues lo verdaderamente importante en este caso, es la capacidad del sujeto menor de edad para ser consciente de la situación, además de la capacidad para decidir y tomar decisiones mientras se está llevando a cabo el acto sexual, pues esto sería lo que provocaría que ambos sujetos se encontrasen en situación de igualdad, y no de inferioridad del menor respecto del otro sujeto interviniente en el acto sexual<sup>166</sup>.

A continuación, se va a proceder a exponer una serie de Sentencias que resultan llamativas, todas ellas de fecha posterior a la reforma operada por la LO 1/2015, con el fin de observar el modo de proceder de los Tribunales respecto de la aplicación del artículo 183 quáter CP, pues si bien no se ha encontrado ninguna resolución reciente del Alto Tribunal que aplique en su totalidad dicho precepto, si hemos encontrado algunas resoluciones en las que se ha planteado su aplicación:

- STS núm. 1001/2016, de 18 de enero de 2016, Sala de lo Penal, Sección 1ª

En virtud de la cual, se resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 25 de abril de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección 1ª, que condenó al acusado como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menores de edad. El presente supuesto versa sobre un sujeto adulto de casi 21 años de edad, el cual mantuvo relaciones sexuales con una menor de edad de 11 años. Tales sujetos se conocían anteriormente, comenzando así a estrechar su relación y mostrándose cada vez más cariñosos, lo que provocó que comenzaran a salir juntos, manteniendo una relación sentimental y, por consiguiente, llevando a cabo relaciones sexuales consentidas en varias ocasiones.

En este supuesto, el Alto Tribunal entiende que, si bien se puede observar que la menor de edad presta su consentimiento y no se opone en ningún momento a comenzar una relación sentimental, así como a mantener relaciones sexuales con el acusado, no se cumple con el requisito de proximidad en la edad previsto en el artículo 183 quáter del CP, si bien, no existe un criterio exacto para medir dicha proximidad, pues ni el legislador ni la jurisprudencia lo han establecido, resulta evidente que, se trata de un supuesto en el que la diferencia de edad entre los sujetos intervinientes en el acto sexual es bastante

---

<sup>166</sup> Véase POZA MIGUEL, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal, 2018, pp. 50 y 51.

significativa, pues se llevan casi 10 años de diferencia de edad. No obstante, resulta sorprendente que, si bien el Tribunal Supremo hace referencia a la diferencia de edad entre ambos sujetos, no se pronuncia apenas sobre la proximidad en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos, siendo a nuestro parecer el criterio más importante a tener en cuenta, pues va a determinar si, independientemente de la diferencia existente entre las edades cronológicas de ambos sujetos, la menor tenía la capacidad para decidir libremente, contando con la madurez suficiente para saber qué implicaba y que consecuencias tenían los actos que estaba llevando a cabo con el acusado.

En definitiva, el Alto Tribunal se limita a pronunciarse sobre el informe psicológico realizado al acusado, en virtud del cual se demuestra que, teniendo en cuenta su edad cronológica (casi 21 años), contaba con un nivel de madurez inferior a la media existente entre otros jóvenes de la misma edad. Sin embargo, no hace en ningún momento referencia al grado de desarrollo o madurez de la menor de edad, lo cual habría sido interesante para poder averiguar si finalmente resultaba susceptible de ser aplicada la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el artículo 183 quáter CP. Finalmente niega la aplicación del artículo 183 quáter CP al caso concreto y, por consiguiente, falla declarando no haber lugar al recurso de casación interpuesto, condenando al acusado como autor responsable de un delito continuado de abusos sexuales a la pena de prisión de 2 años, con la concurrencia de error de prohibición, así como de las circunstancias atenuantes de reparación del daño y dilaciones indebidas.

- STS núm. 699/2020, de 16 de diciembre de 2020, Sala de lo Penal, Sección 1ª

En virtud de la cual, se resuelve recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 4 de febrero de 2019, dictada por la Sala Civil y Penal del TSJ de País Vasco, que desestimó en apelación el recurso formulado contra la Sentencia de la AP de Vizcaya de fecha 14 de noviembre de 2018, en la cual se condena al acusado como responsable de un delito de abusos sexuales a menores de 16 años, concurriendo la atenuante analógica de consentimiento de la víctima.

Se declaran como hechos probados que, el acusado de casi 19 años de edad, mantuvo una relación sentimental con una menor de 13 años, quienes mantuvieron relaciones sexuales de mutuo acuerdo en varias ocasiones. En este supuesto, la AP de Vizcaya consideró que la menor no contaba con la capacidad suficiente para consentir

relaciones sexuales, ni mucho menos para valorar las consecuencias de dichos actos, pues se trataba de la primera vez que mantenía una relación sexual.

La AP de Vizcaya no procedió a la aplicación del artículo 183 quáter CP, pues consideró que en el momento en que sucedieron los hechos existía una clara disimetría de madurez entre el acusado y la víctima. Por esta razón, uno de los motivos del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del acusado, se basó en la indebida aplicación del artículo 183 quáter del CP. Respecto de esta cuestión se pronunció el Alto Tribunal, haciendo referencia a una de sus sentencias, la cual expresaba lo siguiente: *«la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez»*<sup>167</sup>.

El Alto Tribunal llevó a cabo un análisis exhaustivo de las circunstancias del caso concreto, considerando finalmente que, si bien quedó probada la existencia de consentimiento por parte de la menor, así como la proximidad de las edades cronológicas entre ambos sujetos, la proximidad en el grado de desarrollo o madurez debía ser analizada detenidamente, pues, partiendo de los hechos probados, podía deducirse que, a pesar de dicha proximidad en el grado de desarrollo o madurez no llegó a ser tan significativa como para poder apreciar la exención de la responsabilidad penal del acusado, podría haber sido valorada la posibilidad de reducir la pena en uno o dos grados, en tanto en cuanto, es cierto que no existía un desequilibrio tan grave en la madurez de ambos sujetos. Es por ello que, finalmente el TS falla estimando el recurso de casación interpuesto por la representación procesal del acusado, anulando la Sentencia dictada por la AP de Vizcaya, sustituyendo la pena de prisión de 4 años por la de 2 años, manteniéndose el resto de pronunciamientos de la sentencia dictada en primera instancia.

Por todo ello, habiendo analizado el presente supuesto, podemos ver que el Alto Tribunal, si bien no opta apenas por la aplicación total de la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el artículo 183 quáter CP, prevé en ocasiones la rebaja de las penas de prisión impuestas a los responsables del abuso sexual en aquellos casos en los que, mediando tanto el consentimiento de la víctima, como la proximidad en edad

---

<sup>167</sup> Véase Sentencia del TS núm. 478/2019, de 14 de octubre.

(cronológica) de los sujetos intervinientes en el acto sexual, quede probado además, a través de diversos informes psicológicos realizados tanto al acusado como al sujeto menor de edad, que no existe una disimetría clara en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos, de tal forma que, si bien es cierto que difícilmente un menor de edad de aproximadamente 12 años ha podido alcanzar la madurez, lo cierto es que en ocasiones, por motivos personales o como consecuencia de las situaciones vividas a lo largo de su vida, hace que éstos hayan alcanzado la madurez de forma más rápida en comparación con otros sujetos de la misma edad, de tal forma que puede afirmarse que tales sujetos son prácticamente capaces para consentir y llevar a cabo actos de naturaleza sexual teniendo capacidad plena para asumir la responsabilidad de los actos que realiza, además de las consecuencias que ello conlleva.

- SAP de Islas Baleares núm. 262/2018, de 11 de julio de 2018, Sección 2ª

En el presente supuesto se declaran como hechos probados que, en el momento en que sucedieron los acontecimientos, el acusado tenía 24 años de edad y la menor 14 años. Estos ya se conocían anteriormente, pues habían mantenido contacto a través de redes sociales y se habían encontrado en diversas ocasiones en lugares que ambos frecuentaban. La menor de edad había mantenido anteriormente una relación sentimental formal con su novio, con quien mantenía relaciones sexuales, sin embargo, en el mismo mes que sucedieron los hechos juzgados en el presente procedimiento, decidió romper dicha relación. El día 26 de julio de 2016, el acusado y la menor organizaron un encuentro en el domicilio de ésta última aprovechando que estarían a solas. Tras varias horas se dirigieron al dormitorio de la menor para mantener relaciones sexuales, sin embargo, una vez finalizado el acto sexual, la menor creyó conveniente la ingesta de una píldora poscoital por miedo a quedarse embarazada, acordando ambos que sería el acusado el encargado de comprarla. A pesar de ello, al día siguiente, la menor preocupada decidió comprar ella misma la píldora para quedarse tranquila. Una semana después, surgió un giro inesperado de los hechos, pues la menor acudió al Hospital más cercano para denunciar que el acusado le había forzado a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad, sin embargo, tras la exploración médica realizada a la menor, y como resultado de la exploración ginecológica efectuada, el médico forense concluyó con que no existía ningún tipo de lesión física ni psíquica, pues todo se encontraba dentro de la normalidad.

Tras proceder al análisis de los hechos probados, la AP de Islas Baleares en el FJ 3º de la Sentencia estudió la posible aplicación del artículo 183 quáter del CP. Sobre dicha cuestión sostuvo que, tal y como había sido señalado en numerosas ocasiones por la doctrina, el núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual radica en que el sujeto activo del delito mantiene relaciones sexuales con un sujeto menor de edad que se encuentra, por razones obvias, en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir por sí mismo de forma libre. Sin embargo, podrá quedar excluida la responsabilidad penal del sujeto activo en aquellos casos en los que, *«(...) pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez»*.

En el caso que nos ocupa, tal y como fue manifestado por la AP de Islas Baleares, la relación sexual objeto de enjuiciamiento fue consentida, habiendo quedado acreditado además que, anteriormente, la menor de edad ya había mantenido una relación formal con otro sujeto, quien fue su novio durante más de un año. Es por ello que, en palabras de la Audiencia, la relación sexual objeto de la causa debía ser considerada como una relación sentimental mantenida entre dos personas con igual grado de desarrollo y madurez sexual, esto es, simétrica, pues había quedado perfectamente acreditado que la menor era una persona desarrollada y madura en el ámbito de la sexualidad y de las relaciones sentimentales.

Por este motivo, la Audiencia concluye con que, si bien es cierto que el Tribunal Supremo ha declarado inaplicable el artículo 183 quáter CP en aquellos supuestos en los que, además de la diferencia de edad significativa existente entre ambos sujetos intervinientes (superior a los ocho años y medio), se tratase de niñas que no habían alcanzado aún los doce años, influyendo así directamente en su escaso grado de desarrollo y madurez, lo cierto es que, dicha situación no era ni mucho menos similar al supuesto que estaba siendo enjuiciado. En este sentido, la Audiencia consideró finalmente que debía ser aplicada la cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el artículo 183 quáter CP, ya que se trataba de una menor de casi quince años de edad, que contaba con una madurez plena en el ámbito de las relaciones sentimentales y sexuales,

lo que impedía apreciar cualquier tipo de desequilibrio relevante entre la menor y el acusado<sup>168</sup>.

## 8. CONCLUSIONES

### I.

Tal y como ha quedado manifestado a lo largo del presente trabajo de investigación, no cabe duda de que, en lo que respecta al delito de abusos sexuales a menores de edad, nos encontramos ante uno de los delitos con mayor transcendencia penal, el cual ha sido sometido a lo largo de la historia a numerosas modificaciones y reformas, todas ellas, guiadas por un fin común, el cual se corresponde con la protección de los menores de edad, quienes forman parte de un grupo social caracterizado por su especial vulnerabilidad lo que les hace ser susceptibles de una mayor protección por parte del Ordenamiento Jurídico español.

Las diversas reformas que ha venido sufriendo nuestro texto punitivo, y, por consiguiente, las modificaciones llevadas a cabo en relación con el delito de abusos sexuales a menores de edad, han respondido a la necesidad de armonización de nuestra legislación penal con el resto de ordenamientos europeos, los cuales han puesto todo su empeño en la protección y el reconocimiento de los menores de edad en el ámbito de la sexualidad. Es por ello que el legislador español ha dedicado grandes esfuerzos a la protección de dicho grupo social, así como de su indemnidad sexual, dado que son sujetos que, en su gran mayoría, se encuentran pendientes de desarrollo, los cuales van a ir perfeccionando de forma progresiva aspectos de su vida tan importantes como la sexualidad. No obstante, desde nuestra humilde opinión, el rigorismo punitivo que muestra en ocasiones el legislador en este ámbito, ha podido desencadenar en una

---

<sup>168</sup> En sentido literal, concluyó con que: «(...) aunque la diferencia de edad entre ambos jóvenes fuera de unos nueve años, el hecho de contar ella con casi quince años y él con veinticuatro, unido a que compartían entorno social, de amistad y lúdico (contexto simétrico), no puede equiparse bajo el *prima* de una mera aritmética a predichos supuestos en que la menor cuenta con once años y el con veinte, pues las vivencias, experiencias y grado de desarrollo a tan temprana edad, cualquiera que sea el contexto vital, es desigual *res ipsa loquitur* al inherente a un joven de veinte años».

protección extrema que provoca en algunos casos la negación de determinados derechos y libertades inherentes a los menores de edad.

## II.

Estamos de acuerdo con el legislador en que los menores de edad son merecedores de una posición jurídica reforzada en el ámbito de la sexualidad, pues de no ser así, traería consecuencias muy graves en su desarrollo físico y psíquico. Sin embargo, también somos conscientes de que, con el avance de la sociedad y de las tecnologías en las últimas décadas, la manera de actuar y las formas de vida de los menores ha cambiado, pues existen grandes diferencias en la forma de vida de un menor de edad en el siglo pasado en comparación con los menores nacidos en este siglo. Por consiguiente, todo ello influido en gran parte por el avance de las tecnologías y las redes sociales, hoy en día los menores de edad experimentan su sexualidad mucho antes de alcanzar la tan deseada mayoría de edad, por lo que, en ocasiones, la rigurosa protección brindada a los mismos en el ámbito sexual, además de protegerlos, puede suponer que sus derechos y libertades puedan verse reducidos hasta tal punto que no puedan ejercer su libertad en el ámbito de la sexualidad.

Desde una perspectiva personal, nos mostramos conformes en la necesidad de proteger a los menores en el ámbito sexual, pues a lo largo del tiempo y desgraciadamente en la actualidad, ha quedado demostrado jurisprudencialmente que en numerosas ocasiones los menores de edad, en contra de su voluntad, se han visto obligados a mantener relaciones sexuales o a realizar cualquier otro tipo de actos de naturaleza sexual, sufriendo así episodios de violencia y abusos sexuales, los cuales constituyen un atentado directo contra la indemnidad sexual de éstos, provocando en ellos en muchas ocasiones daños físicos y psíquicos permanentes, independientemente del castigo penal al que son condenados los responsables de tales actos. Sin embargo, haciendo referencia a los menores con un rango de edad de entre los 14, 15 o 16 años, consideramos necesario no tanto el rigorismo punitivo existente, sino más bien, el establecimiento de sistemas que presten ayuda a tales menores de edad jóvenes (los cuales están cerca de cumplir la mayoría de edad desde una perspectiva penal), con el fin de que éstos puedan observar y tener constancia, a pesar de su pronta edad, de las consecuencias que pueden tener la realización de todos aquellos actos que se encuentren dentro de la esfera sexual, lo que conllevaría que éstos vieran reforzada su capacidad para tomar y asumir decisiones



propias dentro de dicho ámbito, además de ayudarles a afrontar los riesgos y las consecuencias de dichos actos.

### **III.**

Como ya se ha podido observar a lo largo del presente trabajo de investigación, la determinación del bien jurídico protegido en los delitos de naturaleza sexual no es una cuestión sencilla, pues incluso en la actualidad se encuentra sometido a debate existiendo un sector doctrinal defensor de la libertad sexual y aquellos que consideran que únicamente la indemnidad sexual debe ser considerada como el bien jurídicamente protegido en los delitos sexuales contra menores de edad.

Partiendo de la base de que el legislador ha considerado que los sujetos menores de edad carecen de la capacidad necesaria para autodeterminarse en el ámbito sexual, no parece muy adecuado sostener la idea de que tales sujetos ostenta libertad sexual, pues aún no han experimentado un desarrollo pleno de su personalidad y sexualidad. La indemnidad sexual es considerada como una manifestación de la dignidad de las personas, concretamente de los sujetos menores de edad, así como su derecho a desarrollar su personalidad y sexualidad sin interferencias ajenas, las cuales pueden suponer un menoscabo de la personalidad y el desarrollo psíquico o mental de los menores, quienes aún se encuentran en etapa de desarrollo.

Por esta razón, desde una perspectiva personal, en aras de proteger a los menores de edad, pues forman parte de un grupo social vulnerable merecedor de una tutela especial por parte del Ordenamiento Penal, es la indemnidad sexual la que debe ser considerada como el bien jurídico protegido en los delitos de índole o naturaleza sexual. Por ende, no puede afirmarse en ningún caso que tales sujetos gozan de libertad sexual pues aún no han visto desarrollada su personalidad, ni mucho menos su sexualidad, entendida esta última como la formación y evolución de la moral e identidad sexuales de cada persona, así como su libre ejercicio, siendo necesario considerar la indemnidad sexual como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales contra menores de edad, la cual comprende tanto el desarrollo de la personalidad del menor, como el derecho a no verse involucrado en una situación o contexto sexual en el que no es capaz de autodeterminarse libremente.

#### IV.

Tal y como ya hemos concluido, consideramos innecesario y excesivo el aumento de la edad de consentimiento sexual (16 años), efectuado por la última reforma del Código Penal en el año 2015. Sin embargo, el legislador quiso aportar una mayor flexibilidad a dicha situación con la introducción del artículo 183 quáter del CP, el cual se encarga de regular lo que hemos venido defendiendo hasta ahora. Así pues, quedarán exentos de responsabilidad penal todos aquellos sujetos que, mediando el consentimiento del menor, lleven a cabo actos sexuales con el mismo, siempre y cuando quede probada la proximidad en la edad (cronológica) y proximidad en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos. A pesar de lo anterior consideramos que el legislador debería haber sido más explícito y específico a la hora de definir los diferentes criterios recogidos en dicho precepto (proximidad en la edad y en el grado de desarrollo o madurez) pues dichos conceptos revisten un carácter cuanto menos indeterminado, lo que conlleva que surjan continuamente dudas en cuanto a la forma en que deben ser interpretados tales términos.

La cláusula exoneradora de la responsabilidad penal prevista en el art. 183 quáter CP, tiene su fundamento en el ejercicio de la libertad sexual por parte de aquellos menores que, prestando libremente su consentimiento, quieran mantener relaciones sexuales con otros sujetos mayores de edad, pudiendo resultar operativa dicha cláusula únicamente en aquellos casos en los que se cumplan de forma simultánea todas las condiciones recogidas en el precepto, debiendo prestar especial atención a la actividad probatoria que demuestre que el menor de edad cuenta con la capacidad y madurez suficientes para poder ejercitar su libertad sexual. Sin embargo, ante el silencio mostrado por el legislador al respecto, será necesario acudir a las diversas fuentes jurisprudenciales y doctrinales para averiguar cuál es la forma correcta en la que deben interpretarse tales conceptos.

En este sentido, tal y como ha quedado ya manifestado en el presente trabajo, la proximidad en la edad, debe entenderse como la cercanía en cuanto a la edad cronológica de los sujetos intervinientes en el acto sexual. Sin embargo, tal proximidad debe ser estudiada de forma conjunta con la proximidad en el grado de desarrollo o madurez de ambos sujetos, cuestión mucho más difícil de valorar, pues únicamente podrá comprobarse a través de la realización de informes o estudios psicológicos al menor de edad, que muestren si verdaderamente cuenta con la capacidad suficiente para prestar su consentimiento, así como para asumir las consecuencias y responsabilidades que conlleva

la realización de tales actos. A pesar de que no hemos encontrado ninguna resolución del Tribunal Supremo que aplique la cláusula establecida en el artículo 183 quáter CP, si hemos podido estudiar algunas sentencias dictadas por órganos judiciales inferiores, los cuales si han apreciado la posibilidad de aplicar dicho precepto, llegando a considerar que los sujetos intervinientes en el acto sexual eran próximos tanto en edad como en grado de desarrollo o madurez, puesto que a pesar de que la menor de edad contase solamente con 14 años de edad, lo cierto es que no era su primera relación sentimental, habiendo experimentado anteriormente otras experiencias sexuales con otros sujetos, luego se entiende que la menor era capaz de dar su consentimiento para llevar a cabo la relación sexual, así como para decidir y asumir las consecuencias de los actos que realiza.

Con todo, concluimos con que, si bien es cierto que es incuestionable la necesidad de brindar una especial protección jurídico-penal a los menores de edad en el ámbito de la sexualidad, lo cierto es que, no puede olvidarse el derecho a ejercitar y desarrollar su sexualidad de aquellos menores que se encuentren cercanos a alcanzar la mayoría de edad. Consideramos necesario que el legislador siga haciendo hincapié en tales cuestiones con el fin de equilibrar la balanza, en tanto en cuanto, además de proteger a tales sujetos de ataques que puedan suponer un atentado contra su indemnidad sexual, también debería otorgarse una mayor flexibilidad a aquellos sujetos que habiendo alcanzado un grado de desarrollo o madurez suficiente, puedan ejercitar libremente su sexualidad.

## 9. BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas, Edisofer, Madrid, 2004.

BOIX REIG, JAVIER, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en BOIX REIG, JAVIER (dir.), [et al.], Derecho Penal. Parte Especial. La protección penal de los intereses jurídico personales (Adaptado a la reforma de 2015 del Código Penal), volumen I, Iustel, Madrid, 2016, pp. 353-372.

BUENO ARÚS, FRANCISCO, Análisis general de las últimas tendencias político-criminales en materia de delitos sexuales. Justificación de la reforma española de 1999, en Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial, 21, Madrid, 1999, pp. 261-286.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual, en La Ley Penal, 80, 2011, Madrid, pp. 1-2.

CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, Los delitos de abusos deshonestos, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1981.

- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en COBO DEL ROSAL, MANUEL (dir.) [et.al], Comentarios al Código Penal, Tomo VI, Edersa, Madrid, 1999, pp. 431-461.

CARUSO FONTÁN, VIVIANA, Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CEREZO MIR, JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tomo III, Tecnos, 2001.

COBO DEL ROSAL, MANUEL/ VIVES ANTÓN, TOMÁS S., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

CORTÁZAR BAHÓN, ALFONSO, Evolución de la regulación española sobre la protección penal sexual de los menores, Trabajo de fin de grado, Universidad de País Vasco, 2019.

DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, El Derecho penal ante el sexo: límites, criterio de concreción y contenido del Derecho Penal Sexual, Bosch editorial, Málaga, 1981.

- Comentarios al Código Penal. Parte especial, Volumen II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- El objeto de protección del nuevo Derecho Penal Sexual, en Revista de Derecho Penal y Criminología, 6, Madrid, 2000, pp. 69-102.
- La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1985.

DOMÍNGUEZ CORREA, MARCELO, El consentimiento del ofendido: entre la justificación y la exclusión de la tipicidad, en Revista de la facultad de derecho de la Universidad de la República de Uruguay, 30, 2011, pp. 109-122.

ESCOBAR JIMÉNEZ, CRISTINA, Los delitos sexuales a menores: art. 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quáter, Fiscalía Provincial de Granada, 2016.

GARCÍA ÁLVAREZ, PASTORA, El menor como sujeto pasivo de delitos, con especial referencia a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y los cambios en ellos introducidos por el proyecto de ley orgánica de 20 de septiembre de 2013, por el que se modificaría la ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en Revista General de Derecho Penal, 20, Ed. Iustel, 2013, pp. 1-55.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Estudios de Derecho Penal, Tecnos Editorial, Madrid, 1990.

- Autor y cómplice en Derecho Penal, en Jueces para la Democracia, 81, Madrid, 2014, pp. 56-70.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> CARMEN, ¿Queda algo aún de los llamados delitos de propia mano?, en Revista General de Derecho Penal, 6, Iustel, 2006, pp. 102-123.

- El delito de acoso sexual: entre los límites de la necesidad y el desconcierto, en Actualidad Jurídica Aranzadi, 482, Madrid, 2001, pp. 1-6.

GÓMEZ RODRÍGUEZ, ÁLVARO, Error sobre la edad en los abusos sexuales a menores, en Gómez Rodríguez Abogados, 2019.

Disponible en:

<https://gomezrodriguezabogados.es/error-sobre-la-edad-en-los-abusos-sexuales-a-menores/> (31-1-2021).

GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, Derecho Penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07-04, Valladolid, 2005, pp. 1-35.

- Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo II, Los delitos contra las personas. Artículos 138 a 223, Aranzadi, Pamplona, 2015.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (dir.); ÁNGELA MATALLÍN EVANGELIO (coord.); ELENA GÓRRIZ ROYO (coord.), Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, Los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal de 1995, en Cuaderno de política criminal, 59, Madrid, 1996, p. 321-371.

GRANERO PEÑALVER, JOAN, Análisis del art. 183 quáter del Código Penal, 2019.

Disponible en:

<https://revistamedicojuridica.com/blog/2019/12/08/analisis-del-articulo-183-quater-del-codigo-penal/> (6-2-2021)

IGLESIAS SKULJ, AGUSTINA, Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis CP, en GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 603-620.

KIERSZENBAUM, MARIANO, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión, en Lecciones y Ensayos, 36, Buenos Aires, 2009.

LAMARCA PÉREZ, CARMEN, La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal, en Jueces para la democracia, 27, 1996, Madrid, pp. 50-61.

- El sistema penal de protección de la libertad e indemnidad sexual, en La Ley Penal, 35, La Ley, 2007, Madrid, pp. 1-23.
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en Lamarca Pérez, C (coord.), /Alonso de Escamilla, A./ Mestre Delgado E./ Rodríguez Núñez, A./, Delitos. La parte especial del Derecho penal, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 165-174.

LÓPEZ AJENJO, MARTA, Los delitos contra la libertad sexual: Agresión y abusos sexuales, Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado, Universidad de Alcalá, Trabajo de Fin de Máster dirigido por Prof. Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz, Alcalá de Henares, 2019.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, Causas de atipicidad y causas de justificación, en LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL/MIR PUIG, SANTIAGO (coords.), Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 21-44.

- Curso de Derecho Penal. Parte General I, Volumen 1, Universitas, Madrid, 1996.
- Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3.<sup>a</sup> ed., ampliada y revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MACHADO RODRÍGUEZ, CAMILO IVÁN, Consentimiento en Materia Penal, en Derecho Penal y Criminología, 95, Vol.33, 2012, pp. 29-49.

MARCHENA GÓMEZ, MANUEL, Los delitos contra la libertad sexual en la reforma del Código Penal (Ley Orgánica 3/1989), en La Ley, tomo II, La Ley, 1990, pp. 1150-1162.

MENDOZA CALDERÓN, SILVIA, El Derecho Penal frente a las formas de acoso a menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal. Parte General, Reppertor, Barcelona, 2011.

MONGE FERNÁNDEZ, ANTONIA, De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010, en Revista de Derecho y Ciencias Penales, 15, Chile, 2010, pp. 85-106.

- De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010, Bosch editorial, Barcelona, 2011.
- Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre), Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- ¿Las agresiones sexuales cualificadas como delito de propia mano? Reflexiones en torno a la STS de 6 de junio de 2000, RJ 2000/5247, en Revista de Derecho y Ciencias Penales, 13, Chile, 2009, pp. 183-202.

MORILLAS FERNÁNDEZ, DAVID L., Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet, Dykinson, Madrid, 2005.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Derecho Penal. Parte especial, 20.<sup>a</sup> ed., completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015 de 30 de marzo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- El error en Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- Derecho Penal. Parte especial, 9.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/ GARCÍA ARÁN, MERCEDES, Derecho Penal, Parte General, 8.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ORTS BERENGUER, ENRIQUE, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en: González Cussac (coord.), Vives Antón, T.S./ Orts. Berenguer, E./ Carbonell Mateu, J.C/ Martínez-Buján Pérez, C./ Cuerda Arnau, M.<sup>a</sup> L./ Boja Jiménez, E./ González Cussac J.L. (coord.), Derecho Penal. Parte especial. 6.<sup>o</sup> edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 188 a 209.



ORTS BERENGUER, E. / SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, C, Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

POZA MIGUEL, TAMARA, Análisis del artículo 183 quáter del Código Penal en el Derecho Español: La cláusula “*Romeo y Julieta*”, Trabajo de Fin de Máster, Universidad de Salamanca, 2018.

PUGA GÓMEZ, SANTOS, Delito de agresión sexual y continuidad delictiva, Lefevre, 2015.  
Disponible en:

<https://elderecho.com/delito-de-agresion-sexual-y-continuidad-delictiva> (4-2-2021)

RAGUÉS I VALLES, RAMÓN, Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (dir.) /RAGUÉS I VALLES, RAMÓN (coord.); [et al.], Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, 3ª edición, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 107-125.

RAMOS TAPIA, MARÍA INMACULADA, La tipificación de los abusos sexuales a menores tras la reforma de 2010, en VILLACAMPA ESTIARTE, CAROLINA/ AGUADO-CORREA, TERESA (coords.), Delitos contra la indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 107-138.

RAMOS VÁZQUEZ, JOSÉ ANTONIO, Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ROMERO, EDUARDO, Consentimiento sexual en menores y mayores de edad en función de la proximidad y madurez de ambas partes, 2019.

Disponible en:

[https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA\\_MtMSbH1czUwMDC0NDc0NjFSK0stKs7Mz7M1AooYmBtYgAQy0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKtIvNzSktSQ4sybUOKSIMBL0onqUYAAAA=WKE](https://diariolaley.laleynext.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA_MtMSbH1czUwMDC0NDc0NjFSK0stKs7Mz7M1AooYmBtYgAQy0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1RKtIvNzSktSQ4sybUOKSIMBL0onqUYAAAA=WKE) (6-2-2021).

ROPERO CARRASCO, JULIA, Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013, en Estudios Penales y Criminológicos, 34, Vol. XXXVI, Madrid, 2014, pp. 225-300.

ROSA CORTINA, JOSÉ MIGUEL DE LA, Bien jurídico protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual, Ponencia de la Fiscalía General del Estado, 2013.

ROXIN, CLAUDIUS, Derecho penal: Parte General, Tomo I. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Traducción realizada por Luzón/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997.

RUDILLA PLANO, ESTRELLA, Delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años. Análisis del artículo 183 y 183 quáter del Código Penal, Trabajo de Fin de Grado, dirigido por Belén Mayo Calderón, Universidad de Zaragoza, 2015.

SÁNCHEZ ESCOBAR, CARLOS, Bien jurídico y principio de lesividad. Bases históricas y conceptuales sobre el objeto de protección de la norma penal, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, nº 5, 2013, pp. 399-469.

SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, CARLOS, El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación, Aranzadi, Pamplona, 1995.

SUÁREZ-MIRÁ RODRÍGUEZ, CARLOS, Agresiones y abusos sexuales a menores, en LAMEIRAS, FERNÁNDEZ, MARÍA/ORTS BERENGUER, ENRIQUE (coords.), Delitos sexuales contra menores, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 71-86.

TAMARIT SUMALIA, JOSEP MARÍA, Delitos contra la indemnidad sexual de menores, en QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.), Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 421-433.

- La protección penal del menor frente al abuso sexual y explotación sexual (Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores), Aranzadi, Pamplona, 2000.

TOLEDO Y UBIETO, OCTAVIO DE, Razones y sinrazones para una reforma anunciada, en La Ley, 4, La Ley, 1997, Madrid.

VEGA GUTIÉRREZ, JOSÉ ZAMYR, El delito de uso de información privilegiada en el mercado de valores, especialmente en el derecho penal español (art. 285 CP), Tesis doctoral, dirigida por Dr. Dr. h. c. Diego-Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal, Alcalá de Henares, 2010.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal. Parte General, 2.<sup>a</sup> ed., (con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar), Ediar, Buenos Aires, 2002.

## 10. WEBGRAFÍA

<https://www.iberley.es/temas/iter-criminis-delitos-47871> (31-1-2021).

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTM0MztlLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApRfoCTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTM0MztlLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoApRfoCTUAAAA=WKE) (2-2-2021).

[https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTMwNLtlLUouLM\\_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqALYbWOY1AAAAWKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAABAEAMtMSbF1jTAAAUMTMwNLtlLUouLM_DxbIwMDCwNziEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqALYbWOY1AAAAWKE) (2-2-2021).

<https://www.iberley.es/temas/subtipo-agravado-delito-agresiones-sexuales-63825> (2-2-2021).

## 11. LEGISLACIÓN

### Legislación de la Unión Europea

- Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

### Legislación Española

- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995 (BOE-A-1995-25444).
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE núm. 104, de 1 de mayo de 1999 (BOE-A-1999-9744).
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 2003 (BOE-A-2003-21538).
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010 (BOE-A-2010-9953).
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015 (BOE-A-2015-3439).

## Circulares

- Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, en relación con las organizaciones y grupos criminales (FIS-C-2011-00002).
- Circular 1/2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 quáter del Código Penal.

## **12. ANEXO JURISPRUDENCIAL**

### **- AUTOS**

ATS núm. 2693/2001, de fecha 14 de diciembre (Sala Segunda, de lo Penal), FJ 3ª

ATS núm. 67/2016, de 21 de enero de 2016

ATS 23 de marzo de 2017

### **- SENTENCIAS**

#### **○ Audiencias Provinciales**

SAP Madrid de 27 de octubre de 1987

SAP Madrid de 3 de octubre de 1989

SAP Madrid de 18 de junio de 1990

SAP Madrid de 23 de diciembre de 1992

SAP Madrid de 8 de junio de 1992

SAP Segovia de 12 de julio de 1999 (Fundamento Jurídico 6ºy 7º)

SAP Girona, de 13 de julio de 1999

SAP Huesca de 25 de abril de 2016, (Sección 1ª)

SAP Islas Baleares núm. 262/2018, de 11 de julio de 2018 (Sección 2ª)

SAP Vizcaya de 14 de noviembre de 2018

SAP Madrid núm. 7660/2019, de 15 de julio de 2019

#### **○ Tribunal Supremo**

STS 28 de marzo de 1990

STS 10 de marzo de 2000

STS de 5 de febrero de 2001

STS de 27 de abril de 2001

STS núm. 1095/2001, de 16 de julio de 2001

STS núm. 1214/2002, de 19 de junio de 2002

STS núm. 1216/2002, de 28 de junio de 2002

STS núm. 1214/2002, de 1 de julio de 2002

STS núm. 1430/2002, de 24 de julio de 200

STS núm. 1453/2002, de 13 de septiembre de 2002

STS núm. 1939/2002, de 19 de noviembre de 2002

STS núm. 333/2003, de 28 de febrero de 2003

STS de 29 de mayo de 2003

STS de 9 de febrero de 2004

STS de 14 de julio de 2004

STS núm. 721/2005, de 19 de mayo de 2005

STS de 12 de julio de 2005

STS núm. 975/2005, de 13 de julio de 2005

STS núm. 1043/2005, de 20 de septiembre de 2005

STS núm. 28/2006 de 18 de enero de 2006

STS núm. 411/2006, de 18 de abril de 2006 (Sala Segunda de lo Penal)

STS núm. 697/2006, de 26 de junio de 2006

STS núm. 804/2006 de 20 de julio de 2006

STS núm. 159/2007, de 21 de febrero de 2007

STS de 15 de marzo de 2007

STS 18 de junio de 2007

STS núm. 737/2007, de 13 de septiembre de 2007

STS de 2 de abril de 2009

STS de 14 de mayo de 2009



STS de 19 de febrero de 2010

STS de 22 de abril de 2010

STS de 12 de mayo de 2010

STS núm. 449/2010, de 6 de mayo de 2010

STS núm. 453/2010, de 11 de mayo de 2010

STS de 23 de junio de 2010

STS núm. 861/2010, de 13 de octubre de 2010

STS de 25 de noviembre de 2010

STS núm. 803/2010 de 30 de noviembre de 2010

STS núm. 609/2012, de 11 de julio de 2012

STS núm. 355/2013, de 3 de mayo de 2013

STS núm. 127/2014, de 20 de enero de 2014

STS núm. 411/2014, de 26 de mayo de 2014

STS núm. 897/2014, de 15 de diciembre de 2014 (Fundamento Jurídico 3º)

STS núm. 37/2015, de 3 de febrero de 2015 (Fundamento Jurídico 3º)

STS núm. 389/2015, de 23 de junio de 2015 (Fundamento Jurídico 2º)

STS de 18 de enero de 2016

STS núm. 1001/2016, de 18 de enero de 2016, (Sala de lo Penal, Sección 1ª)

STS núm. 782/2016, de 19 de octubre de 2016

STS núm. 424/2017, de 13 de junio de 2017

STS núm. 468/2017, de 22 de junio de 2017 (RJ 2017/3674)

STS núm. 643/2017, de 2 de octubre de 2017

STS de 22 de diciembre de 2017

STS núm. 846/2017, de 21 de diciembre de 2017 (Fundamento Jurídico 3º)

STS núm. 970/2018, de 22 de marzo de 2018

STS núm. 377/2018, de 23 de julio de 2018 (RJ 2018/3750)

STS núm. 450/2018, de 10 de octubre de 2018 (RJ 2018/4612) (Fundamento Jurídico 2º)

STS núm. 674/2018 de 19 de diciembre de 2018

STS núm. 13/2019, de 17 de enero de 2019

STSJ de País Vasco de 4 de febrero de 2019, Sala Civil y Penal

STS núm. 700/2020, de 16 de diciembre de 2020

STS núm. 699/2020, de 16 de diciembre de 2020, (Sala de lo Penal, Sección 1ª)